

J. rom. m.

246 hg

J. rom. m.

246 hg

Hecke

<36607239760013



<36607239760013

Bayer. Staatsbibliothek

BEDEUTUNG UND ANWENDUNGEN

DER

TAXATIO

IM

RÖMISCHEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

MIT GENEHMIGUNG

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT ZU MARBURG

VERÖFFENTLICHT

VON

A. HEFKE.

OLDENBURG 1879.

SCHULZESCHE HOF-BUCHHANDLUNG & HOF-BUCHDRUCKEREI.
C. BERNDT & A. SCHWARTZ.



Den Herren Drs. jur. utr.

A. Ubbelohde und L. Enneccerus,

ordentlichen Professoren

der Universität Marburg,

in dankbarer Verehrung gewidmet.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Vorwort	1
A. §. 1. Bedeutung und Ursprung des Wortes und einige allge- meinere Anwendungen des Begriffes <i>taxatio</i> (<i>taxare</i> , <i>dumtaxat</i>) bei den Römern	2—18
B. Die <i>condemnatio cum taxatione</i> .	
I. Im Allgemeinen.	
1. §. 2. Historische Einleitung	18—19
2. Wesen und Anwendung der beiden Kondemnationsformen ohne <i>taxatio</i> .	
a) §. 3. Die <i>condemnatio certae pecuniae</i>	20—22
b) §. 4. Die <i>condemnatio incertae pecuniae infinita</i>	22—46
II. Im Besonderen.	
1. §. 5. Das Wesen der <i>condemnatio cum taxatione</i>	46—49
2. §. 6. Entstehung und Untergang derselben	50—53
3. Uebersicht der Klagen, bei welchen im Formularpro- zess die <i>condemnatio cum taxatione</i> zur Anwendung ge- langte.	
a) §. 7. Die <i>injuriarum actio</i>	53—59
b) §. 8. Die <i>actio vi bonorum raptorum</i>	59—62
c) §. 9. Die übrigen <i>actiones in factum poenales</i>	62—80
d) §. 10. Die zivilen Strafklagen?	80—95
[I. <i>actio furti</i> , II. <i>actio legis Aquiliae</i> , III. Die übrigen hierher gehörigen Klagen.]	
e) §. 11. Die Formeln der <i>lex Rubria de Gallia cisalpina</i>	95—100
C. §. 12. Die richterliche <i>taxatio</i> bei dem klägerischen <i>jusju- randum in litem</i>	100—122
Rückblick	123

Ein Druckfehler-Verzeichniss ist am Schlusse nachgefügt.

Die vorliegende Abhandlung hat zum Zwecke, die Bedeutung und die mannigfachen Anwendungen der *taxatio* im römischen Recht und Prozess zu untersuchen und darzustellen. Demgemäss werden zunächst Bedeutung und Ursprung des Wortes *taxatio* und einige allgemeinere Anwendungen des Begriffes *taxatio* (im §. 1.), sodann die sogen. *condemnatio cum taxatione* und schliesslich (im §. 12.) die Anwendung der *taxatio* bei dem vom Richter dem Kläger aufgelegten *jusjurandum in litem* erörtert werden. Den grössten Theil der Abhandlung wird die *condemnatio cum taxatione* (Gaj. IV. 51. 43, Festus v. Taxat) beanspruchen, da diese im römischen Formularprozess eine nicht unwichtige Rolle spielte und zudem noch der Gegenstand mancher Kontroversen ist. Der Darstellung dieser besonderen Kondemnationsart wird als Einleitung (§ 2. ff.) eine Erörterung der *condemnatio* im Allgemeinen, der *condemnatio certae pecuniae* und der *incertae pecuniae condemnatio infinita* (Gaj. IV. 49—51) — sowie der verschiedenen *actiones*, bei welchen die beiden letzteren Kondemnationsarten stattfanden — voraufgehen.

A. §. 1. Bedeutung und Ursprung des Wortes und einige allgemeinere Anwendungen des Begriffes *taxatio* (*taxare*, *dumtaxat*) bei den Römern.

1. Zweckmässig erscheint es hier, vor der Erörterung der mehrfachen besonderen Bedeutungen des Wortes *taxatio* im römischen Rechts- und Aktionensystem zunächst eine allgemeine Definition desselben zu geben. — *Taxatio* bedeutet im Allgemeinen die Abschätzung des Preises und Werthes, des Masses, Umfanges und Gewichtes, der Grösse¹⁾, Anzahl, Güte und Bedeutung (Wichtigkeit) eines Gegenstandes.

Seneca de beneficiis libr. III. cap. 10.

„ cons. ad Marc. 19.

Quintil. Declam. libr. V. cap. 1 u. 4.

L. 24 §. 2 i. f. D. de A. E. V. 19, 1.

L. 6 pr. D. ut legat. seu fideic. 36, 3.

L. 39 §. 1 D. de bon. lib. 38, 1. L. 192 D. de V. S. 50, 16.

L. 3 i. f. Cod. de inut. stip. 8, 39. L. 1 §. 5 Cod. de comm. servo manum. 7, 7.

Gaj. III. 224. Paul. Sent. V. 16. §. 3.

Auf Grund dieser allgemeinen Bedeutung des Wortes *taxatio* unterscheiden unsere Rechtsgelehrten mit Recht zwischen einer *dos venditionis gratia aestimata* und einer *dos taxationis gratia aestimata*, arg. L. 69 §. 7 D. de jure dot. 23, 3 („... *summa declaratur, non venditio contrahitur*“). Ausserdem gebraucht die L. 21 i. f. Cod. de jure dot. 5, 12²⁾ mit Bezug auf die letztgenannte *dos* ausdrücklich das Wort *taxare*; es ist daher nicht

1) Gaj. III. 224: „*hac ipsa quantitate taxamus*“ rel. L. 3 §. 2 i. f. D. ad exhib. 10, 4: „... *judice quantitate taxante*.“ L. 3 i. f. Cod. de inut. stip. 8, 39: „... *concludat condemnationem taxatae quantitatis*.“ L. 1 Cod. de rer. perm. 4, 64: „*taxata quantitate*“.

2) Die Stelle lautet: „... *ne si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, posceretur*.“

wohl einzusehen, aus welchem Grunde *Ph. E. Huschke* ³⁾ den von unseren Juristen einmal adoptirten Sprachgebrauch tadelt.

2. Auch findet man die Worte *taxare* und *taxatio* wohl in dem Sinne von „Bestimmen“, „Festsetzen“ gebraucht, so dass an ihrer Stelle auch die Worte *statuere*, *definire*, *decernere*, *praestringere*, *definitio*, *praefinitio* stehen könnten.

L. 108 §. ult. D. de leg. I. (30): „... et usuras leviores *taxaverat*.“ L. 39 §. 1 D. de oper. libert. 38, 1: „*taxationem* viginti“ (nummorum).

L. 14 §. 3 Cod. de non num. pec. 4, 30: „*taxatum* tempus“. Cf. L. 14 §. ult. circ. fin. Cod. eod.: „tempus *statutum*“.

L. 27 pr. (cf. L. 26 §. 1) Cod. de usur. 4, 32: „ad modum *taxatum*“.

L. 19 Cod. de sacros. eccl. 1, 2: „Illud ... certo et dilucido jure *taxamus*“.

L. 26 §. 1 Cod. de usur. 4, 32: „Nec liceat iudici memoratam“ (usurarum) „augere *taxationem*“.

Cfr. L. 192 D. de V. S. 50, 16. L. 35 Cod. de loc. et cond. 4, 65.

3. Jedoch diese aus dem Wortgebrauch des täglichen Lebens hergenommenen Bedeutungen können uns beide nicht genügen, denn die letztgenannte ist rein singulär und die zuerst angeführte trifft durchaus nicht in allen Fällen zu.

Z. B. aus Ciceronis pro Tullio oratio cap. 7: „... rei *taxationem* nos fecimus, *aestimatio* vestra est“, geht genugsam hervor, dass bei den römischen Juristen die Bedeutungen der Worte „*taxatio*“ und „*aestimatio*“ sich nicht immer deckten. Cicero spricht in der angef. Stelle von einem besonderen prozessualischen Institut.

3) Ph. E. Huschkii excursus de taxationibus pag. 275 (in *Analectis litterariis* curante J. G. Huschkio p. 253 squ.). Es ist dies m. W. die einzige Abhandlung, welche speziell die *taxatio*, und zwar ziemlich eingehend, erörtert. —

Wir haben demnach zu untersuchen, welche anderweitigen, besonderen Bedeutungen ⁴⁾ die Worte *taxare*, *taxatio* bei den Römern noch hatten. Von grossem Werth für diese Untersuchung ist der folgende Ausspruch des *Festus* (v. *Taxat*):

„*Taxat* verbum ponitur in iis, quae finiuntur, quoad tangi liceat; in litibus quoque (judici) arbitrove cum proscribitur, quoad ei jus sit statuendi, *taxatio* dicitur, quae fit certae summae.“

Es wird zum Verständniss dieser eigenthümlichen, Manches als bekannt voraussetzenden Definition beitragen, wenn wir dieselbe in ihre einzelnen Bestandtheile zerlegen.

I. „*Taxat*.“ Warum gebraucht hier *Festus* das Wort „*taxat*“, während doch die Worte *taxatio* oder *taxare* eher zu erwarten wären und der nachfolgenden Definition weit mehr, als jenes „*taxat*“, entsprechen würden? Der Grund ist m. E. folgender: Wo das Verbum „*taxare*“ in den Quellen des römischen Rechts vorkommt, findet es sich gewöhnlich in der Form: „*dum taxat*“. Diese beiden Worte sind in älteren Quellen auch wohl durch andere dazwischengestellte Worte getrennt,

Lex Silia de ponder. publ. c. f.: „... *dum* minore parti familias *taxat*.“ *Festus* v. *Publica pondera*. Cfr. *legem Oscam* tab. Bantin. cap. 2. 3 i. f.

Lex Romana cap. 2 c. f.: „... *dum* minoris partus familias *taxat*, liceto.“ Nach *Bruns'* Konjektur.

verschmelzen jedoch bald in: „*dumtaxat*“ oder in das bequemere: „*du~~nt~~taxat*“. Häufig findet sich dieses Doppelwort durch die beiden Anfangsbuchstaben „*D. T.*“ ausgedrückt; vgl. *Isidor. Hispal. libr. orig. s. etym.* I. 22, 1. Diejenigen Fälle, in welchen das „*taxare*“ in anderem Zusammenhange als in dem des „*dumtaxat*“ erscheint, sind verhältnissmässig selten und dürfen daher als Ausnahmen bezeichnet werden. Daher erklärt sich das „*Taxat*“ des *Festus*.

II. „*Tangi*.“ Die römischen Juristen, welche mit ihren etymologischen Erklärungsversuchen nie viel Glück gehabt haben,

⁴⁾ Eine dieser besonderen Bedeutungen des Wortes *taxare*, jedoch kaum erwähnenswerth ist die des *Sueton.* Octav. 4, wo *taxare* durch „*tadeln*“ übersetzt werden muss.

glaubten, das Verbum *taxare* leite sich ab von *tangere*. Der Ansicht Huschke's a. a. O. (siehe die Anm. 3 dieser Abhandlung), dass der Ursprung des *taxare* in dem griechischen *τάσσειν, τάξις* zu suchen sei, ist m. E. beizustimmen.

IIII. „*Quae finiuntur, quoad tangi liceat.*“ Die Quellen wenden das Verbum *taxare* und besonders das Adverb *dumtaxat* nur da an, wo für eine Sache oder einen Begriff ein Endpunkt festgesetzt sein soll, über den hinauszugehen nicht erlaubt sei. Das „*dumtaxat*“ wird daher am besten übersetzt durch „höchstens“ oder „bis höchstens“ (*μέχρι*. Z. E. *μέχρι δύνων σταδίων*); *non ultra* (vgl. L. 16 c. f. D. 13, 1 und Collat. X. 5 mit L. 31 D. 9, 2. L. 1 §. 1 D. 11, 6. L. 1 §. 8 D. 16, 3. L. 9 D. 24, 3), oder *tantummodo* (in der L. 108 §. 12 D. de leg. I. heisst es erst: „*dolum malum dumtaxat*“, und weiterhin: „*dolus malus tantummodo*“), *solummodo* (L. 3 §. 9 D. 3, 5), *solum* (L. 13 §. 16 D. 19, 1. L. 8 §. 3 et 6 D. 43, 26. L. 1 Cod. 4, 34), *tantum* (Coll. X. 2 §. 1 i. f. 7 §. 6. X. 8. L. 23 D. 50, 17. L. 1 §. 24 D. 38, 5), *usque ad, non amplius quam* (Gaj. I. 153. L. 3 §. 10 D. 34, 3), *non plus quam* (vgl. Lex Julia de adult. a. 736 cap. 5 mit L. 1 §. 10 D. 25, 4, und mit dem edict. imp. Augusti de aquaed. Venafrano i. f.).

IV. „*In litibus.*“ Das sub III. Gesagte gilt ganz besonders da, wo das Wort „*dumtaxat*“ mit Bezug auf Institute des römischen Prozessrechts erwähnt wird (vgl. Gaj. IV. §. 43. 51) oder wo in prozessualischen Erörterungen die Worte *taxatio, taxare* vorkommen. Hier gerade, im Prozessrecht, bedeutet *dumtaxat* *κατ' ἐξοχην* „höchstens“, bedeutet *taxatio, taxare* recht eigentlich die Endgrenze (bezw. das Feststellen derselben), welche nicht überschritten werden darf. Es lässt sich zwar nicht leugnen, dass auch in Aussprüchen der Römer, welche sich nicht auf das Prozessrecht beziehen, das Wort *dumtaxat* in der Regel die Bedeutung „höchstens“ hat ⁵⁾,

⁵⁾ Vgl. z. B. Gaj. Inst. I. §. 152. 153 („*dumtaxat*“ — „*non amplius quam*“). Ulp. Fragm. XI. 13. 25. XXII. 32. Paul. Inst. libr. II. tit. de dotibus. Festus v. Sinistrum p. 351. Marc. Val. Probus 5. Volus. Maecianus 78 i. f. Collat. II. 5 §. 1 i. f. X. 2 §. 6. — Fragm. Vatic.

allein es finden sich auf diesem — ausserprozessualischen — Gebiete doch drei Beispiele einer Anwendung des „dumtaxat“ in der gerade entgegengesetzten Bedeutung: min-

199. 303. Lex Osca cap. 2 i. f. 3 i. f. 5 i. f. Legis Aciliae repetund. fragmentum (lin. 33. 34). Lex agraria a. 643 v. 37. Lex Rubria cap. 21. Lex Mamilia Roscia Peducea Alliena Fabia cap. 55. Lex municip. Salpensana cap. 25. Edictum imp. Augusti de aquaed. Venafr. lin. 40. Diploma militis peregrini a. 71 p. Chr. tab. II. lin. 4. Collegium Aesculapii et Hygiae lin. 5.

Ausserordentlich viele Beispiele finden sich in den Digesten Justinians:

L. 5 D. 1, 7. L. 14 pr. D. 2, 11. L. 6 §. 3 D. 2, 13. L. 1, §. 1 D. 3, 1. L. 39 §. 2 D. 3, 3. L. 3 §. 9 L. 24, L. 42 D. 3, 5. L. 4 §. 1 c. f. D. 4, 7. L. 39 pr. D. 4, 8. L. 3 §. 1 L. 7 §. 4 D. 4, 9. L. 20 §. 6 L. 25 §. 11 D. 5, 3. L. 68 D. 6, 1. L. 1 §. 2 D. 6, 2. L. 5 §. ult. c. f. L. 27 §. 17. L. 31 L. 45 §. 4 D. 9, 2. L. 5 §. 5 D. 9, 3. L. 2 pr. L. 44 pr. L. 6 §. 9 L. 7 §. 12 D. 10, 2. L. 5 §. 4 D. 10, 4. L. 5 §. 2 L. 9 §. 3 D. 11, 3. L. 1 §. 1 D. 11, 5. L. 1 §. 1 D. 11, 6. L. 1 pr. L. 9 §. 1 D. 12, 5. L. 8 i. f. D. 13, 4. L. 11 §. 1 i. f. D. 13, 5. L. 5 §. 10 L. 18 pr. D. 13, 6. L. 11 §. 5 L. 30 c. f. D. 13, 7. L. 1 §. 20 D. 14, 1. L. 5 §. 11. 12 L. 17 §. 1 D. 14, 3. L. 5 §. 11 D. 14, 4. L. 27 §. 6 L. 27 §. 8 D. 15, 1. L. 10 §. 5 D. 15, 3. L. 18 c. f. D. eod. L. 1 §. 8. 10 D. 16, 3. L. 8 §. 3 i. f. L. 27 §. 5 L. 41 L. 48 §. ult. D. 17, 1. L. 62 D. 17, 2. L. 16 §. 1 D. 18, 1. L. 2 §. 12 L. 8 c. f. D. 18, 4. L. 4 i. f. D. 18, 5. L. 2 §. 1 L. 4 pr. L. 19 D. 18, 6. L. 6 §. 4 L. 54 pr. i. f. D. 19, 1. L. 35 §. 1 D. 19, 2. L. 1 §. 2 D. 19, 4. L. 5 §. 1 c. f. L. 17 §. 1, 2 c. f. §. ult. i. f. D. 19, 5. L. 1 §. 4 L. 32 D. 20, 1. L. 17 §. 6 D. 21, 1. L. 69 §. 1. 2 L. 70 L. 74 §. 1. 3 D. 21, 2. L. 17 pr. i. f. L. 32 §. 3 D. 22, 1. L. 9 D. 22, 3. L. 12 §. 1, L. 53. 68 D. 23, 3. L. 8 et 9 D. 23, 4. L. 13 §. ult. D. 23, 5. L. 31 §. 4 D. 24, 1. L. 1 §. 10 D. 25, 4. L. 12 §. 3 L. 61 D. 26, 7. L. 6 D. 27, 3. L. 18 L. 59 §. ult. D. 28, 5. L. 12 15 i. f. D. 28, 6. L. 11 pr. L. 21 D. 29, 1. L. 14 D. 29, 5. L. 19 D. 29, 7. L. 5 pr. 8 pr. 32 pr. 82 §. 3 L. 108 §. 12 D. de leg. I. (30). L. 70 §. 1 L. 88 §. 2. 8. 12 D. de leg. II. (31). L. 37 §. 4 L. 41 §. 4 L. 60 pr. L. 64. 100 §. 2 D. de leg. III. (32). L. 7. 20 §. 1 c. f. L. 21 pr. D. 33, 1. L. 6. 24 D. 33, 2. L. 4 D. 33, 5. L. 16 i. f. D. 33, 8. L. 1 D. 33, 9. L. 32 §. 7 c. f. L. 38 §. 1 D. 34, 2. L. 5 §. ult. L. 31 §. ult. D. 34, 3. L. 3 §. 10 D. 34, 4. L. 18 pr. D. 34, 9. L. 40 §. 1 L. 61 D. 35, 1. L. 5. 15 §. 2 L. 32 §. 2 L. 82 D. 35, 2. L. 27 §. 16 L. 77 §. 10 i. f. D. 36, 1. L. 1 pr. i. f. D. 37, 8.

destens, wenigstens, saltem, minime, non minus quam (Lex munic. Malacitana cap. 68). Die drei Beispiele sind: **A.** L. 202 D. de V. S. 50, 16 (Alfenus Varus libro II. Dig): „Quum in testamento scriptum esset, ut heres in funere, aut in monumento *duntaxat aureos centum consumeret, non licet minus consumere; si amplius vellet, licet*, neque ob eam rem contra testamentum

L. 39 pr. D. 38, 1. L. ult. §. 17 D. 38, 10. L. 1 §. 3 D. 39, 3. L. 31 §. 3 D. 39, 6. L. 10. 34 pr. i. f. D. 40, 7. L. 30 §. 2 D. 41, 1. L. 3 §. 4 i. f. D. 41, 2. L. 4 §. 1 D. 41, 4. L. 15 §. 9 D. 42, 1. L. 9. 23 D. 42, 8. L. 22 §. 3 D. 43, 24. L. 8 §. 6 (cf. §. 3) D. 43, 26. L. 20 D. 44, 2. L. 4 §. 17. D. 44, 4. L. 5. 15. 21. 76 D. 45, 1. L. 6 §. 1 D. 45, 2. L. 24 D. 45, 3. L. 13 c. f. D. 46, 1. L. ult. D. 46, 4. L. 32 pr. L. 35 D. 47, 2. L. 3 pr. L. 5 D. 47, 6. L. 6 §. 1 D. 47, 7. L. 12 pr. D. 48, 3. L. 1 §. 3 D. 48, 20. L. 13 D. 50, 4. L. 9 pr. c. f. D. 50, 8. L. 31. 79 §. 2 L. 93. 122. 203. 235 §. 1 D. 50, 16. L. 23. 79. 119 D. 50, 17.

In allen diesen Pandektenstellen bedeutet das „duntaxat“ höchstens, non ultra, non amplius quam*). — Die hier nicht mit zitierten, das „duntaxat“ ebenfalls, aber in besonderer Anwendung**, enthaltenden Pandektenstellen werden unten S. 16 ff. angeführt werden. — Später scheint das „duntaxat“ sehr in Abnahme gekommen zu sein; es findet sich selten in den Institutionen, dem Kodex, den Novellen. An seine Stelle treten Worte wie *tantummodo* u. dgl. Vgl. z. E. §. ult. Inst. de nox. act. 4, 8. L. 22. 26 §. 1 L. 28 Cod. de usur. 4, 32. L. 4 Cod. depos. 4, 34. L. 22 Cod. mand. 4, 35.

*) Diese Behauptung, im Uebrigen wohl unbestritten, stösst nur bei Einer Stelle auf Widerspruch, nämlich bei der L. 42 D. cit. 3, 5: „Si servi mei rogatu negotia mea susceperis, si duntaxat admonitus a servo meo id feceris, erit inter nos negot. gest. actio; si vero quasi mandatu servi, etiam de pec. et in rem verso agere te posse responsum est.“ Dirksenius manuale latinitatis fontium juris civ. Romanorum 1834 p. 308 glaubt, m. E. mit Unrecht, das „duntaxat“ in dieser Stelle bedeute „mindestens“. Zweifellos ist ein Mandat mehr als eine blosser admonitio, und demnach ist, da das „si duntaxat admonitus“ in logischer und grammatischer, enger Verbindung mit dem „si vero quasi mandatu“ (zu beiden Begriffen ist das „Si servi mei rogatu“ der Oberbegriff; im rogatus gehen admonitio und Mandat auf) steht — climax ascendens —, so ist „duntaxat“ zu übersetzen durch „nur, bloss (höchstens), solummodo. Jedoch vgl. S. 9—10.

**) Z. E. duntaxat de peculio, dunt. quantum ad eum pervenit etc. etc. L. 1 pr. L. 7 §. ult. L. 12 pr. D. 14, 4. L. 30 §. 1 L. 36. 37 §. 1 i. f. L. 44. 57. pr. D. 15, 1. L. 1 pr. §. ult. D. 15, 2. L. 24 D. 17, 2. L. 60 §. 7 D. 19, 2. L. 39 §. 1 D. 21, 2. L. 32 §. 3 D. 22, 1.

facere videtur“. **B.** L. 29 §. 10 D. de lib. et posth. hered. 22, 2 (Scaevola): „In omnibus his speciebus illud servandum est, ut *filius, duntaxat qui est in potestate*, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam; quod non esse necessarium in eo filio, qui apud *hostes* est, si ibi *decedat*, et in *nepote* certe et *pronepote*, quorum“ rel. Es ist freilich zuzugeben, dass das „duntaxat“ an dieser Stelle, per ambages interpretirt, ebenso gut „höchstens“ als „wenigstens“ heissen kann. Es scheint jedoch, genau betrachtet, sich mehr der Bedeutung „wenigstens“ zuzuneigen. **C.** Cicer. ad Attic. epist. 5, 10 §. 3: „Quid est praeterea? nihil sane nisi illud: valde me Athenae delectarunt, *urbs duntaxat* et urbis ornamenta.“ —

Von Hause aus scheinen beide Bedeutungen, sowohl „höchstens“ als „mindestens“, „wenigstens“, in dem „dumtaxat“ vereinigt zu sein⁶⁾ (weshalb sollte ich z. B. nicht jederzeit ebensowohl eine Minimal- als eine Maximalgrenze statuiren, taxiren können?), mit der Zeit überwog jedoch — vielleicht weil für dieses Wort grösseres Bedürfniss vorhanden war — die Bedeutung „höchstens“, *non plus quam*, während die Bedeutung „mindestens“, *non minus quam*, zurücktrat. Insbesondere wo es im Gebiete des Prozessrechts eine Rolle spielt (vgl. z. B. Gaj. IV. 43. 51), hat das „dumtaxat“ nur die Bedeutung „höchstens.“

Gleiches wie für „dumtaxat“ gilt überhaupt für die Worte *taxare* und *taxatio*. 1. Auf prozessualischem Gebiet bedeutet „taxatio“ stets eine bestimmte Maximalgrenze, welche (vom Richter bei der Kondemnation oder vom Kläger beim *jusjur. in litem*) nicht überschritten werden darf. Vgl. z. E. Gaj. IV. 51. 52. III. 224. Collat. II. 6 §. 1. L. 18 pr. D. 4, 3 („certa quantitas“ steht hier für „taxatio“). L. 68 D. 6, 1. L. 3 §. 2 D. 10, 4. L. 4 §. 2 L. 5 §. 1 D. 12, 3. L. 9 Cod. 8, 4. Cfr. L. 74 §. 1 D. 5, 1. — 2. Bei ausserpro-

⁶⁾ Eigenthümlich ist die Ansicht *Huschke's* a. a. O. (s. oben die Anm. 3), die Bedeutung „mindestens“ sei zu dem „dumtaxat“ erst später — „vulgari sermone“ — hinzugekommen.

zessualischen Angelegenheiten bedeutet „taxatio“ ebenfalls in erster Linie die Maximalgrenze, welche nicht überschritten werden darf, bisweilen zugleich auch die Minimalgrenze, welche mindestens erreicht sein muss. Veranschaulichen mögen dies folgende Stellen:

a) L. 5 D. de tritico, vin. et ol. leg. 33, 6 (Julian): „Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et *minus natum* esset, *non amplius* deberi placuit, et *quasi taxationis vicem obtinere haec verba: quod natum erit.*“ Was Julian hier bezüglich des Legats sagt, sagt derselbe ähnlich mit Bezug auf den Kauf in L. 39 §. 1 D. de contr. emt. 18, 1: „... eum, qui fructum ... vendidisset, et stipulatus est decem pondo ..., *quod natum esset*, pretium constituisse *ex eo*, quod natum esset, *usque ad decem pondo* ...; idcirco *solis quinque collectis non amplius* ab emtore petere potest, *quam quinque pondo* ...“ —

Vgl. zu dem „quod natum est“ noch L. 24 pr. L. 82 §. 4 D. de leg. I. (30). L. 1 §. 3 D. 35, 1. L. 16 pr. L. 25 §. 1 D. 36, 2. L. 75 §. 4 D. 45, 1. L. 18 §. 3 i. f. D. 13, 7. Cfr. L. 21 D. 23, 4.

Die Worte „quod natum erit“ bzw. „quod natum est“ haben, wenn sie dem Legat oder Kauf einer bestimmten Quantität hinzugefügt sind, „*quasi taxationis vicem*“, d. h. sie deuten an, dass nicht mehr als das quod natum est („non amplius ... quam quinque pondo“) geleistet werden solle; sie bilden also die Maximalgrenze (welche jedoch nur zur Anwendung kommt, wenn sie noch unter dem ursprünglich festgesetzten Quantum — „decem pondo“ — liegt, geht sie darüber hinaus, so gelten eben nur die „decem pondo“ als geschuldet) des zu Leistenden“.

b) L. 41 §. 1 D. de leg. II. (31), welche nach den Vorschlägen *Th. Mommsen's* in dessen Pandekten-Ausgabe von 1870 Vol. II. pag. 46 not. 2 und pag. 47 not. 1, mit einigen Abweichungen von der allgemein akzeptirten handschriftlichen Lesart etwa folgendermassen lautet:

„A me herede uxori meae ita legatum est: ‘quidquid propter Titiam ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Sejus heres meus Titiae det’: quaero, an deductiones impensarum fieri possint, quae fierent, si de dote ageretur, non dubito, quin uxori *ejus, a quo* ita legatum est: ‘a te heres peto, quidquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares’, tota dos sine ratione deductionis impensarum debeatur. non autem idem jus, *quod* servari debet ex testamento extranei, servatur⁷⁾ in testamento viri, qui dotem uxori relegavit. *hic* enim *taxationis* loco habendum est⁸⁾: ‘quidquid ad te pervenit’: illic autem, ubi vir uxori relegat, id videtur legare, quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit.“ —

Vgl. L. 43 pr. §. 1 L. 88 §. 2 D. eod. L. 83 pr. D. de leg. III. (32). L. 16 §. 1 L. 25 pr. 27 §. 4 L. 33 (cfr. L. 54) L. 78 §. 2. 5. 10. 11. 13 L. 57 D. 36, 1. L. 18 pr. D. 36, 4.

Javolenus unterscheidet in der angef. Stelle zwei Fälle: Im ersten Falle („A me herede“ rel.) sollen die im Legat enthaltenen Worte „quidquid ad te pervenit“ völlig irrelevant sein („tota dos . . . debeatur“), im zweiten Falle dagegen sollen sie eine *taxatio* (oder *praefinitio*, arg. Gaj. IV. 51) sein, d. h. eine Abgrenzung des zu Leistenden⁹⁾, und zwar in erster Linie eine Maximalbegrenzung (es soll nicht mehr als „quidquid ad te pervenit“ geleistet werden), in zweiter jedoch auch eine Minimalbegrenzung (auch nicht weniger als „quidquid ad te pervenit“ soll geleistet werden).

Zur Vergleichung ad a) und b) lassen sich vielleicht noch heranziehen L. 7 §. 2 D. 18, 1 („et quanto pluris eum vendidero“), L. 40 §. 2 D. eod. („et quod ejus admensum erit“), L. 76 §. 1 L. 89 D. 45, 1 („quidquid

7) In der Florentiner Handschrift: „non dubito, quin uxori *suae* quod ita legatum est impensarum *mulieri* debeatur, non autem idem jus servari . . . extranei, *quod* servatur“ rel.

8) In der Florentina: *haec* enim *taxationis* loco habenda est“ rel.

9) Man denke nicht mehr an die Definition der *taxatio* auf S. 2, wo diese als „Abschätzung“ bezeichnet wird. Von dieser Definition haben wir uns schon weit entfernt.

te dare facere oportet“), Paul. Sent. III. 6 §. 45 („UTI OPTIMUS MAXIMUSQUE EST“) u. s. w., obgleich ich auf diese Stellen keinen Werth legen möchte. In ihnen findet sich der Ausdruck *taxatio* nicht.

In den unter a) und b) angeführten Beispielen ist die eigenthümliche Bedeutung der ausserprozessualischen *taxatio* beleuchtet worden. Wie sich in streitigen Sachen aus dem ursprünglichen *negotium cum taxatione* eine *condemnatio cum taxatione* (Gaj. IV. 51. 52. 43) entwickelte und wie sich sodann die ausserprozessualische *taxatio* in die prozessualische *taxatio* des Gajus umsetzte, werden wir unten §. 5 ff. sehen. — Kehren wir jetzt zu unserem Festus v. Taxat zurück.

V. „*Quae fit certae summae.*“ Festus bezieht sich hier auf diejenige *taxatio*, welche stattfindet „*in litibus . . . judicii arbitrove cum proscribitur, quoad ei jus sit statuendi*“, und welche wir vorwiegend in den Paragraphen 2—11 behandeln werden. Nur für diese und für die im §. 12 abzuhandelnde *taxatio* (beim *jusjurandum in litem*; Festus denkt freilich an diese nicht) ist dem Festus Recht zu geben. Denn nur diese beiden Arten sind an sich *taxationes certae summae*; eine andere Art, welche als „*taxationes incertae*“ zu bezeichnen ist, werden wir jetzt einer näheren Betrachtung unterziehen. Es gehören hierhin folgende *taxationes*:

1. „*Duntaxat de peculio*“; auch wohl „*duntaxat quantum in peculio est*“, vielleicht mit dem Zusatz: „*dolove malo Numerii Negidii factum est*¹⁰⁾, quo minus in peculio sit“ oder „*et si quid dolo malo Numerii Negidii factum erit, quo minus peculii esset*“. — L. 1 pr. D. 15, 2. L. 6 §. 6 D. 3, 5. L. 35 D. 9, 4. L. 1 pr. L. 12 pr. D. 14, 4. L. 2. 5 pr. §. 1 L. 30 §. 1 L. 36. 44 i. f. D. 15, 1. L. 1 §. 42 D. 16, 3. L. 6 §. 12 D. 42, 8. L. 35 D. 46, 1. L. 42 pr. D. 47, 2. Cfr. §. 36 Inst. 4, 6. —

¹⁰⁾ Vgl. M. Val. Probus 6: „D. V. M. T. F. E.“ (*dolove malo tuo factum est*). Lex Cornelia de sicar. et venef. a. 671–674 cap. 1 i. f.: „*cujusve id dolo malo factum erit*“.

Man kann diese *taxatio* die „*peculii taxatio*“ nennen auf Grund von L. 24 §. 2 D. de A. E. V. 19, 1 (Julian):

„Servo vendente hominem . . . ultra *peculii taxationem* dominus non condemnatur“. — Dieser Ausspruch Julian's ist besonders deshalb wichtig, als er uns das ausdrückliche Recht giebt, das „duntaxat de peculio“ (ebenso wie in analoger Ausdehnung die ganze sub 2—6 noch folgende Reihe) eine *taxatio* zu nennen, und jeden Einwurf hiergegen von vornherein beseitigt.

Die mit dieser *taxatio* gegebene Klage hiess *actio de peculio* und man kann die vom Prätor formulirte *condemnatio* einer formula (actionis) de peculio auf Grund von Gaj. IV. 51. 43 eine *condemnatio* (incertae pecuniae) *cum peculii taxatione* nennen. Ueber die Formulirung einer solchen *condemnatio* vgl. unten §. 5 i. f.

2. „*Duntaxat de in rem verso*“. L. 1 c. f. D. 14, 5. Cfr. L. 6 §. 12 D. 42, 8. Diese „*taxatio de in rem verso*“ — wie sie wohl genannt werden darf — scheint häufig mit der „*peculii taxatio*“ zu Einer *taxatio* verschmolzen zu sein in folgender Fassung: „duntaxat de peculio et quod in rem ejus versum est“ — L. 57 D. de jud. 5, 1. Cfr. 6 §. 12 D. cit. 42, 8 —, oft noch mit dem Zusatze: „et si quid dolo malo NNi AAus captus fraudatusque est“. L. 36 c. f. D. 15, 1. Die *taxatio de in rem verso* fand Anwendung bei der *actio de in rem verso*, welche von jener ihren Namen erhalten zu haben scheint (eigentlich müsste sie heissen: *actio cum taxatione de in rem verso* oder *in rem versi*, ebenso wie die *actio de peculio* genauer „*actio cum taxatione peculii*“ heissen würde).

[Vermuthlich keine *taxatio* ist das aus L. 7 §. 2 D. de trib. act. 14, 4 hervorgehende „quanto . . . dolo malo Numerii Negidii minus tributum sit, quam ex edicto praetoris tribui oportuerit“. Vgl. Rudorff, Edicti perpetui quae reliqua sunt, Lips. 1869, S. 113 (§. 103). Andernfalls (vgl. denselben Rudorff, röm. Rechtsgesch. 1859. Bd. II. S. 99) würde man den beiden schon genannten Taxationen die „*tributoria taxatio*“ als dritte anreihen müssen.]

Die jetzt unter 3—6 noch zu erörternden Taxationen unterscheiden sich von jenen besonders dadurch, dass sie nicht irgend einer bestimmten Klage angehören, sondern an sich jede bei einer jeden Klage vorkommen können.

3. „*Duntaxat quantum ad NNum pervenit* (dolove malo ejus factum est, quominus pervenerit),“ eine bei Deliktsklagen gegen Erben besonders übliche *taxatio*. — L. 16 §. 2 L. 19 D. 4, 2. L. 17 §. 1 L. 26. 27 D. 4, 3. L. 7 §. 5 D. 14, 4. L. 20 §. 8 D. 39, 1. L. 6 §. 12 D. 42, 8. (L. 17 §. 1 cit.: „*duntaxat de eo, quod ad eos pervenit*“).

4. Der vorigen sehr ähnlich ist die *taxatio*: „*Duntaxat quanto* (in quantum) *NNus locupletior factus est vel erit*“, oder die Taxation der Bereicherung¹¹⁾.

L. 6 §. 6 i. f. D. 3. 5. L. 20 §. 6 D. 5, 3: „*usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent*“, L. 23. 25 §. 11 D. eod. L. 3 §. 12 D. 15, 1. L. 5 §. ult. i. f. L. 33 §. 1 L. 39 c. f. L. 57 i. f. L. 58 i. f. cf. L. 55 D. 24, 1. L. 5 pr. c. f. D. 26, 8. L. 47 §. 1 D. 46, 3. L. 20 Cod. 5, 12. — Cfr. L. 26 D. 4, 3.

Doch ist diese nur dann eine wahre *taxatio* im Sinne des Gajus (IV. 51), wenn sie ihren Platz vom Prätor in der *condemnatio* der formula angewiesen erhält. Vgl. unten S. 55 ff. Sie ist keine eigentliche *taxatio*, wenn sie ihren Platz (bei einer formula in factum concepta) in der *intentio* oder (bei einer form. in jus concepta) in der *demonstratio* der Formel erhält. Die letzten beiden Fälle traten ein, wenn nach Untergang der Sache die Klage (in personam) principaliter nur auf das ging, *quanto locupletior adversarius factus esset ex ea re*. L. 5 §. ult. i. f. D. 24, 1: „*si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est*.“

11) In der Mitte zwischen der eigentlichen *peculii taxatio* und den beiden sub 3 und 4 aufgezählten Taxationen steht folgende eigenthümlich modifizierte Form der *peculii taxatio*: „*Duntaxat quantum ex ea re in peculio sit*“. L. 4 §. 1 D. 11, 5. Hierin liegen, genau betrachtet, zwei Taxationen: Die des *Pekulium* und die der Bereicherung; und zwar ist die letztere (das „*ex ea re*“) eine *taxatio taxationis* (Beschränkung einer Beschränkung).

5. „*Duntaxat quantum NNus facere potest* (quodve dolo malo ejus factum est, quominus possit).“

§ 37. 38. 40 Inst. 4, 6. L. 2 pr. L. 4 pr. §. 2 4 L. 5 pr. §. 1 D. 14, 5. L. 63 pr. §. 1—7 D. 17, 2. L. 12—16. 17 pr. §. 1. 2 L. 18. 28. 32. 54 D. 24, 3. L. 12. 33 pr. D. 39, 5. L. 84 D. 23, 3. L. 7 pr. D. 44, 1. L. 6 pr. L. 16—25. 30. 41 §. 2 L. 49. 52 D. 42, 1. L. 4 pr. D. 42, 3. L. 7 D. 49, 17. L. 173 pr. D. 50, 17. L. un. §. 7 Cod. 5, 13.

Diese *taxatio* pflegte im Formularprozess ebenso wie die übrigen, sub 1.—4. genannten, Taxationen in die *condemnatio*, nicht aber in die *intentio* der Formel aufgenommen zu werden. Unzutreffend ist daher für sie der Name „*actio in id, quod facere potest*“, welchen ihr Ulpian in L. 2 pr. i. f. D. 14, 5 beilegt (vgl. L. 4 §. 2. 4. L. 5 pr. D. eod. L. 30 D. 42, 1). Besser ist schon die Bezeichnung „*exceptio, quod facere possit*“ (Paulus in L. 7 pr. D. 44, 1. Vgl. L. 17 §. 1 D. 24, 3), welche jedoch immerhin nicht ganz zutrifft, da der Prätor keine *exceptio* in die *condemnatio* zu verstellen pflegt. Daher haben die Neueren mit Umgehung des Wortes „*exceptio*“ den Ausdruck „*beneficium* (L. 13 D. 24, 3. Cfr. L. 41 §. ult. i. f. D. 42, 1) *competentiae*“ oder „Rechtswohlthat des Nothbedarfs“ gewählt. Am meisten empfiehlt sich wohl die Benennung „*condemnatio in id quod facere potest*“. Sie findet sich auch in den Quellen am häufigsten. L. 63 pr. §. 1. 7 D. 17, 2. §. 37 Inst. 4, 6. L. 84 D. 23, 3. L. 12. 14 §. 1. L. 15 §. 2. L. 18 pr. D. 24, 3. L. 19 §. 1. L. 20. 21—24. 49 D. 42, 1. L. 7 D. 49, 17. L. 173 pr. D. 50, 17. Noch genauer würde man sagen: „*condemnatio cum taxatione ejus quod facere potest reus*“.

6. Bei Klagen gegen den *bonorum emptor* scheint folgende *taxatio* in Anwendung gekommen zu sein: „*Duntaxat quot unciiis bona venierunt*.“ Vgl. Gaj. III. 77—81. 35. IV. 35. 68. 145. 146. Pr. Inst. 3, 12.

Nach Einigen (z. B. Rudorff, röm. Rechtsgesch. Bd. II. S. 99), welche sich hierbei auf L. 22 D. 16, 3. L. 4 §. 3 D. 8, 5. L. 76 pr. D. de leg. II. (31) stützen, soll bei gewissen Klagen

noch die *taxatio*: „*dumtaxat partem dimidiam* (judex NNum AA^o c. s. n. p. a.)“ üblich gewesen sein. Wenn dies der Fall wäre, so würde eine solche *taxatio* m. E. eher den *certae taxationes*, von welchen in den §§. 5—12 die Rede sein wird, als den hier erörterten *incertae taxationes* beizuzählen sein, insbesondere bei *actiones certi*. Denn wo das Objekt an sich eine *certa summa* ist, wird die *pars dimidia* des Objekts ebenfalls *certa summa* sein. Ich glaube jedoch überhaupt nicht, dass hier die *pars dimidia* in Form einer eigentlichen *taxatio* der auf das Ganze lautenden *condemnatio* angeschlossen worden ist, sondern wahrscheinlicher erscheint es mir, dass in den Fällen der zitierten Fragmente die *condemnatio* principaliter auf die *pars dimidia* konzipirt zu werden pflegte; etwa in dieser Weise: „*quantum ejus rei pars dimidia erit (pars tertia etc. erit), id judex NNum AA^o c. s. n. p. a.*“ (Eine *condemnatio cum taxatione* würde lauten müssen: „*qu. e. r. e., judex, dumtaxat partem dimidiam, NNum*“ rel., was hier eine unnöthige Weitläufigkeit sein würde.)

Mit Unrecht fügen einige Gelehrte (z. B. Rudorff a. a. O. S. 99) den *incertae taxationes* noch die bei der *actio legis Aquiliae* üblichen Kondemnationsformen: „*quantum is homo in eo anno plurimi fuerit*“ (Gaj. III. 210. 214. L. 2 pr L. 21 pr. D. 9, 2) und „*quantum ea res in diebus triginta proximis fuerit*“ (Gaj. III. 218. L. 27 § 5. L. 29 §. ult. D. 9, 2), sowie die Kondemnation der *condictio furtiva*: „*quantum ea res unquam plurimi fuerit (id judex NNum AA^o c. s. n. p. a.)*“ — L. 8 §. 1 D. 13, 1) — hinzu. Es sind dies keine Taxationen, sondern reine Kondemnationen, und zwar keine *condemnationes cum taxatione*, sondern reine *condemnationes infinitae* (Gaj. IV. 48—51), bei denen nur die Aestimation der Kondemnationssumme mit Rücksicht auf die Zeit („in eo anno“, „in diebus triginta proximis“, „unquam“) modifizirt ist. Gleiches bezw. Ähnliches gilt von jener Kondemnation: „*quantum ea res esset, si unus liber id furtum fecisset, (id judex N. A. c. s. n. p. a.)*“ — L. 1 pr. c. f. D. 47, 6. L. 31 D. 9, 4 —, welche Rudorff (röm. Rsgesch. Bd. II. S. 99) ebenfalls zu den *incertae taxationes* zählt. Das „*si unus liber id furtum fecisset*“ ist keine *taxatio*, sondern eine bloße der Aestimation der Kondemnationssumme zu Grunde

gelegte Fiktion; keine Beschränkung der richterlichen Aestimation (eine solche ist nach Gajus die *taxatio*), sondern eine bloße Anweisung für den Richter, wie er die aestimatio (*infinita*) vornehmen und einrichten soll. Weiter unten wird dies noch deutlicher werden.

Ebensowenig sind folgende Kondemnations-Beispiele: „*quod minus a Titio, NNi patre AAus consecutus est*“ (L. 32 §. 3 D. 22, 1) und „*quanto plus, quam per legem Cinciam licet, promissum datumve est*“ (L. 21 §. 1 D. 39, 5) — „*c. s. n. p. a.*“ —, welche Rudorff a. a. O. S. 99 und S. 105 als *taxationes incertae* bezeichnet, mit Wahrscheinlichkeit zu den Taxationen zu rechnen.

Man wird nun vielleicht fragen: Warum sind nicht die vorstehend sub 1--6. aufgezählten *incertae*¹²⁾ *taxationes* mit den oben S. 9 f. sub a. und b. aufgestellten Taxationen zu Einer Gruppe zusammengefügt, da doch letztere sowohl wie erstere „*incertae taxationes*“ sind? Die Antwort hierauf ist folgende: Beide Gruppen sind zwar *taxationes incertae*, aber sie durften trotzdem nicht vereinigt werden, weil sie in zwei wesentlichen Punkten von einander abweichen, nämlich:

a) Die S. 9 ff. aufgestellte Gruppe („*quod natum est*“ etc.) beruht stets auf Rechtsgeschäften, auf der freien Beliebung der Parteien, während die andere Gruppe (*duntaxat de peculio* etc.) unmittelbar auf Rechtssätzen (Gesetz, Gewohnheitsrecht) beruht. Die erste Gruppe ist *jus dispositivum*, die zweite *jus cogens*. Die erste umfasst nur Interpretationsregeln für bestimmte in Rechtsgeschäften übliche Redensarten („*quod natum est*“ etc.), welche von den Konstituenten vermieden werden können, die zweite Gruppe von Taxationen schreibt dem Rich-

¹²⁾ Ich habe mit Absicht die Bezeichnung „*incertae taxationes*“ gewählt, da mir der von Huschke l. c. (vgl. Anmerkung 3) pag. 263 gebrauchte Ausdruck für *certa et incerta taxatio*: „ *finita et infinita taxatio*“ nicht passend erschien. Die *incerta taxatio*, welche nach Huschke *infinita* sein soll, ist gleichwohl eine *finita*, eine begrenzte *taxatio*, nur nicht begrenzt durch *certi pecuniae fines*, sondern durch *incerti fines*. Ferner stehen sich arg. Gaj. IV. 51 *taxatio* und *praefinitio* ungefähr gleich. Wie würde aber „*finita*“ oder „*infinita praefinitio*“ klingen?

ter für bestimmte Seiten des Rechtslebens (*actiones adjecticiae qualitatis, beneficium competentiae etc.*) eine unabänderliche Norm vor. Damit hängt zusammen das Nachstehende (sub b).

b) Die in der ersten Gruppe genannten *taxationes incertae* („*quod natum est*“ etc.) können an sich sowohl die Bedeutung von Minimal- als von Maximalbegrenzungen haben, während die Taxationen der zweiten Gruppe („*dunt. de peculio*“ etc.) stets Maximalbegrenzungen (*dumtaxat* = „höchstens“) sind (der richterlichen Aestimation stets eine unüberschreitbare Maximalgrenze vorschreiben).

Nachdem wir so die *taxationes incertae* vorläufig erledigt haben, dürfen wir unsere Blicke auf die *certa taxatio* oder *taxatio certae summae* und zwar zunächst zu unserem Festus v. Taxat zurückwenden.

VI. „*In litibus quoque (judici) arbitrove cum proscribitur, quoad ei jus sit statuendi, taxatio dicitur* (quae fit certae summae). — Was bedeuten diese Worte des Festus? Vor Auffindung des Gajus war wohl kein Gelehrter im Stande, eine solche Frage genügend zu beantworten. Erst Gajus hat uns das richtige Verständniss des Festus v. Taxat gebracht.

Gaj. Inst. IV. §. 51 (vgl. die Ausgaben von *Huschke* 1878 und von *Krüger* und *Studemund* 1877): „*Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet: est enim una, quae cum aliqua praefinitione (est), quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus; nam illic (ima) formulae (parte) ita (est): Judex, Numerium Negidium Aulo Agerio du(mtaxat) sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve. (Diversa est, quae infinita (est, vel) ut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est: Quanti ea res erit, tantam pecuniam (judex) Numerium Negidium (Aulo Agerio) condemna. Si non paret, absolve.*“

Vgl. Gaj. IV. 43. 48—50. 52. III. 224. Collat. II. 6 §. 1.

Cicer. pro Tull. oratio. Lex Rubr. c. 20.

Diese Worte des Gajus, zusammengehalten mit der Definition des Festus, zeigen uns, dass die *taxatio* bei der *condem-*

natio („*ima formulae parte*“) die Bedeutung einer bestimmten („*X milia*“; „*quae fit certae summae*“) Maximalgrenze für die richterliche *Aestimation* gehabt habe. Vergleichen wir hiermit sofort noch L. 4 §. 2. L. 5 §. 1 D. de in lit jur. 12, 3. L. 3 §. 2 i. f. D. ad exh. 10, 4. L. 18 pr. D. 4, 3 u. s. w., so erkennen wir, dass ferner die *taxatio* beim *jusjurandum in litem* die Bedeutung einer, ebenfalls festbestimmten („*certa quantitas*“; „*praeфинire certam summam, usque ad quam juretur*“), Maximalgrenze für den klägerischen Schätzungseid gehabt habe. Die letztere Bedeutung tritt freilich bei Festus und Gajus nicht hervor. —

Das Wesen dieser beiden *taxationes certae* und die Rolle, welche im römischen Zivilprozess und Aktionensystem die *condemnatio cum taxatione* und das *juramentum in litem cum taxatione* spielten, zu untersuchen ist im Ferneren unsere Aufgabe.

B. Die condemnatio cum taxatione.

I. Im Allgemeinen.

1. §. 2. Historische Einleitung.

Die *condemnatio* (Gaj. IV. 32. 35. 39. 43. 44. 46—52. 57. 61. 68. 73. 86. 87. 116. 119. 126. 163. 166. 180. 185. I. 140. II. 252. III. 180. 224) war die *ima formulae pars*, welche dem *judex* die „*condemnandi absolvendive potestas*“ ertheilte. Typisch war ihr folgende Fassung: „*Judex NNum AAo condemna, si non paret absolve.*“¹³⁾ — Man scheidet zweckmässig mit Savigny, Syst. d. röm. Rechts Bd. V. S. 220. 221 die *condemnatio a judice prolata* (den letzten richterlichen Akt im *judicium*) und

¹³⁾ Ueber die Bedeutung der 5 Siglen „c. s. n. p. a.“, deren richtiges Verständniss wir Gajus verdanken, vgl. *Göschel*, index sigl. qu. i. Gaji Cod. rep. Das „S. n. p. a.“ (vgl. M. Val. Probus 6) durfte wohl nie fehlen (über die verschied. Lesarten von Gaj. IV. 43 vgl. Huschke Gajus S. 241).

die *condemnatio a praetore concepta*, welche dem *judex* zu der ersteren nur die Machtvollkommenheit und zugleich die Anleitung geben sollte. Erstere war stets eine *condemnatio certae pecuniae*: Der Richter durfte nur zu einer bestimmten Geldsumme verurtheilen (Gaj. IV. 52. §. 32 Inst. 4, 6). Mit ersterer haben wir uns im Weiteren nicht mehr zu beschäftigen: uns geht fortan nur die *ima pars formulae*, die *condemnatio a praetore concepta* an. Die *cond. a praetore concepta* war zwar stets *pecuniaria* (Gaj. IV. 48), aber nicht immer *certae pecuniae*, sondern sie war entweder *certae* oder *incertae pecuniae* (Gaj. IV. 49), d. h. entweder hatte der Prätor die Kondemnationssumme schon vollständig abtaxirt und der Richter durfte an ihr nichts mehr ändern, oder der Richter selbst hatte noch die Pflicht, die Summe abzuschätzen; und zwar entweder unbeschränkt oder mit einer durch den Prätor ihm auferlegten Beschränkung: m. a. W.: Die *condemnatio incertae pecuniae* war entweder *infinita* oder *cum taxatione*. Gaj. IV. 51. Den eigentlichen Gegenstand unserer Untersuchung bildet die *condemnatio cum taxatione*; bevor wir jedoch diese eingehender behandeln, empfiehlt es sich zunächst die beiden anderen Kondemnationsformen, also 1. die *condemnatio certae pecuniae* und 2. die *condemnatio incertae pecuniae infinita*, zu erörtern, ihr Wesen und ihre Anwendung im römischen Aktionensystem zu untersuchen.

Ich mache jedoch, um Wiederholungen zu vermeiden, zunächst noch darauf aufmerksam, dass nach den uns bekannten Formeln alle drei Arten der Kondemnationen (*certae pecuniae*, *infinita* und *cum taxatione*) darin mit einander übereinstimmten, dass sie das Kondemnationsobjekt (sowohl wie den schematischen Namen des Beklagten: „*Num. Num.*“) im Akkusativ anführten, also: „*decem milia*“, „*tantam pecuniam*“, „*id*“, „*dumtaxat X milia*“. Vgl. Gaj IV. 43. 46. 47. 50. 51. 86. -- Dies geht besonders gegen die bei Rudorff (z. B. *Edicti perpetui quae rel. sunt*) übliche Formelkonstruktion.

2. Wesen und Anwendung der beiden Kondemnationsformen ohne *taxatio*.

a. §. 3. Die *condemnatio certae pecuniae*.

Die *condemnatio certae pecuniae* war diejenige Kondemnation, deren Summe vom Prätor so fest begrenzt und bestimmt angegeben war, dass der *judex* weder *ad majus* noch *ad minus* etwas hieran ändern durfte. Gaj. IV. 52. Cfr. *Veteris jurec. consult.* IX. 16. Seneca de benef. III. 7. Sie erforderte, dass entweder die *intentio* von Anfang an auf eine *certa pecunia* gerichtet war (Gaj. IV. 50), oder dass wenigstens noch in *jure* der *actor* (L. 5 §. 1 D. 2, 7) — nicht aber der *praetor* selbst (Collat. II. 2 §. 1 und 6 §. 1. Gaj. III. 224. Cic. pro Tullio; in diesem Falle war gerade die *condemnatio* nicht *certae pecuniae*, sondern *incertae pecuniae cum taxatione*) auf Grund der klägerischen Angaben — das *debitum* in baarem Gelde abschätzte.

I. Wir finden demnach die *condemnatio certae pecuniae* bei allen *certae pecuniae actiones*, wie Gaj. IV. 50 richtig bemerkt.

Im Einzelnen mögen hier erwähnt werden die *condictio certae pecuniae*, die *actio judicati*, *jurisjurandi* (auf *certa pecunia*), *de pecunia (certa) constituta*, *de albo corrupto*, *effusis et dejectis*, *posito et suspenso*, *calumnia*, wegen unberechtigter *in jus vocatio*, *de sepulcro violato*, *ex lege 42 D. de Aed. Ed. etc.*

II. Ausserdem fand die *condemnatio certae pecuniae* statt bei der *actio contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit*, welche zwar an sich nicht *certae pecuniae actio* war, bei der jedoch dem Kläger schon *in jure* das Recht der Abschätzung (vielleicht beschränkt durch ein prätorisches Moderationsrecht) zustand. L. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7: „... quo .. id continetur, quanti ea res est ab actore aestimata.“ Ausführlicher wird diese Klage weiter unten behandelt werden.

III. Eine *condemnatio certae pecuniae* fand nicht statt bei allen Klagen, welche auf etwas Anderes — sei dieses nun *certum* oder *incertum* —, als auf *certa pecunia* gingen. Sie fehlte also

1. allen *in rem actiones* (Gaj. IV. 51),
2. allen *bonae fidei actiones* (bei den *in jus conceptae* wurde die *condemnatio* stets eine *incerta* durch den Zusatz „*ex fide bona*“, und bei den *in factum conceptae*, scheint die Kondemnation stets auf „*quanti ea res erit*“ gerichtet worden zu sein, arg. Gaj. IV. 47),
3. den *incerti actiones stricti juris*¹⁴⁾,
4. den zivilen *actiones ex delicto*, für die das Gesetz nicht etwa eine *certae pecuniae poena* statuirt hatte, und
5. den *in factum actiones* sowohl *reipersecutoriae* als *poenales*, falls sie nicht *ex edicto* oder *ex pacto* auf eine *certa pecunia* gingen.

¹⁴⁾ Mit Unrecht behauptet z. B. *Dupontius*, *disquisitiones in comment. IV. Institut. Gaji rec. repert.*, Lugd. Batav. MDCCCXXII. p. 88—90, alle *stricti juris actiones* hätten eine *certae pecuniae condemnatio* gehabt. Hatte vielleicht auch die *incerti conditio* (doch sicher eine *stricti juris actio*!) eine *certae pecuniae condemnatio*? Ihre Formel war nach Gaj. IV. 136 (cfr. 131. II. 213): „*Quod A. de N. incertum stipul. est, q. d. r. a, quidquid ob e. r. N^m A^o d. f. oportet, id judex N^m A^o c. s. n. p. a.*“ Diese Kondemnation nennt Dupont p. 90 pr. eine *certae pec. condemnatio*, weil „*summa pecuniae . . . ita erat certa, ut judex neque eam augere neque eam minuere potuerit.*“ Abgesehen davon, dass Dupont sich hier zu Gaj. IV. 49—52 in offenbaren Widerspruch setzt, darf m. E. schon aus allgemein logischen Gründen nur die Kondemnation eine *certae pecuniae condemnatio* genannt werden, welche gerade durch *certa pecunia*, durch *certi nummi* präfinirt ist, nicht aber auch diejenige, deren Betrag durch irgendwelche andere Grenzen, seien diese auch noch so strikt, umschrieben und bestimmt ist. Hätte Dupont (wie es konsequent sein würde) behauptet, eine jede Kondemnation sei *certae pecuniae*, so würde diese Behauptung, obgleich auch sie Gaj. IV. 49—52 direkt widerspräche, auf den ersten Anblick (man könnte z. B. ja in erster Linie an die *condemnatio a judice prolata* denken) nicht so widersinnig erscheinen.

IV. Eine besondere Gattung von Klagen empfängt, sogar wenn die Klage selbst auf *certa pecunia* geht, stets eine *condemnatio incertae pecuniae*. Es sind dies die Klagen des *bonorum emtor*, welcher nach Gaj. IV. 68 i. f., „*licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.*“

b. §. 4. Die *condemnatio incertae pecuniae infinita*.

Die *condemnatio incertae pecuniae* zerfällt nach Gaj. IV. 51 in die *cond. infinita* und in die *cond. cum taxatione*. Uns wird vorläufig nur die erstere beschäftigen (obgleich eigentlich die *cond. cum tax.* ihr vorhergehen müsste, da diese zwischen der *cond. certae pec.* und *incertae pec. infinita* in der Mitte steht). Die *cond. inc. pec. infinita* fand statt, wenn *in jure* weder der wirkliche Betrag noch der etwaige Maximalbetrag der Condemnationssumme ausgemittelt worden war, wenn also weder eine *cond. certae pec.* noch eine *cond. inc. pec. cum taxatione* vom Prätor konzipiert werden konnte. Hierher gehören demnach folgende Klagen:

I. Die *arbitrariae actiones* ¹⁵⁾.

Bei restitutorischen und exhibitorischen Klagen wenigstens stand im Falle des beklagtischen Ungehorsams oder *dolus* dem Kläger unter gewissen Voraussetzungen (vgl. §. 12) das *jusjurandum in litem* zu und „*crescere potuit condemnatio ex contumacia non restituentis per jusjurandum in litem.*“ L. 1 (cfr. L. 2 pr. §. 1) D. 12, 3. (Prinzip der Selbstschätzung). Um dies *crescere* immer offen zu lassen und nicht etwa schon im voraus zu verhindern, durfte in solchen Klagen nicht der Prätor schon *in jure* der *condemnatio* eine *taxatio* hinzufügen [L. 18 pr. D. 4, 3: „... *certa quantitas*“ (i. e. *taxatio*) „*non adjicitur*“ (a praetore), „*ut possit per contumaciam suam reus tanti condemnari, quanti actor in litem juraverit.*“ L. 68 D. 6, 1: „... *quantum adversarius sine ulla taxatione*“ (praetoris) „*in*

¹⁵⁾ Natürlich sind hier von den *actiones in rem* auszunehmen die Präjudizialklagen, welchen überhaupt die *condemnatio* fehlte.

infinitem juraverit“.] und dadurch das Recht des klägerischen Schätzungseides von vornherein verkümmern, sondern nur der Richter hatte gegenüber dem klägerischen Schätzungseide das Taxationsrecht. L. 4 §. 2 L. 5 §. 1 D. 12, 3. L. 3 §. 2 D. 10, 4. Vgl. L. 18 pr. D. cit. 4, 3 und L. 2 i. f. Cod. 5, 53.

Die *condemnatio* einer *in rem* oder *ad exhibendum actio* war nach Gaj. IV. 51 i. f. folgende: „*Quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, Nm Ao c. s. n. p. a.*“ Vgl. Gaj. IV. 47 c. f. Die Worte „*quanti ea res erit*“ haben an sich eine doppelte Bedeutung: bald die weitere des „*id quod interest*“¹⁶⁾, bald die engere der *vera rei aestimatio*, des *verum* (oder *commune*) *rei pretium*¹⁷⁾. Die letztere Bedeutung findet sich besonders in dem Falle, wo der Beklagte „*confitetur, se quidem debere, justam autem causam affert, cur utique praestare non possit.*“ L. 71 §. 3 D. de leg. I. (30). Vgl. Gaj. II. 202.

III. Die *bonae fidei actiones*.

Dass in *bonae fidei judiciis* das *officium judicis* möglichst frei und unbeschränkt sein musste, folgt nicht nur aus der *bonae fidei clausula* (vgl. M. Val. Probus 6: „O. E. F. B.“), sondern wird auch an vielen Stellen mehr oder weniger ausdrücklich ausgesprochen.

¹⁶⁾ Dies ist die — besonders in der späteren Zeit — bei weitem häufigere [L. 5 §. 1 D. 2, 7. L. 14 i. f. D. 2, 11. L. 14 §. 7 (cfr. §. 1) L. 21 §. 2 D. 4, 2. L. 18 pr. D. 4, 3. L. 68 (cfr. L. 71) D. 6, 1. L. 21 pr. §. 2 L. 22. 27 §. 5 L. 55 (cfr. L. 2 pr.) D. 9, 2. (Vgl. §. 9. 10 Inst. 4, 3 und Gaj. III. 210. 212. 214. 215. 218.). L. 1 pr. L. 9 §. 2. 3 L. 10. 11 pr. L. 14 §. 5 D. 11, 3 L. 3 §. 2 D. 13, 6. L. 4 §. 7 D. 39, 2. L. 1 §. 5 (cfr. L. 2) D. 43, 4. L. 3 §. 11 D. 43, 17. L. 11 (cfr. L. 2 §. 2) D. 46, 5. L. 23 D. 50, 16] und die offenbar in der bei Gaj. IV. 51 i. f. zitierten Formel allein mögliche Bedeutung.

¹⁷⁾ L. 50 pr. D. 47, 2. L. 4 §. 11 (cfr. L. 2 §. 13) D. 47, 8. Vgl. L. un. §. ult. D. 2, 3. L. 9 §. ult. D. 10, 4. L. 8 D. 12, 3. L. 179. 193 D. 50, 16.

Gaj. IV. 114: „in (bonae fidei) judiciis *liberum est officium judicis*.“ §. 30 Inst. de act. 4, 6. L. 7 D. de neg. gest. 3, 5. L. 24 c. f. D. depos. 16, 3. Seneca de benef. III. 7: „... et non dare infinitam licentiam judici¹⁸⁾. Ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad judicem¹⁸⁾, quam si ad arbitrum¹⁸⁾ mittitur: quia... *hujus libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adjicere, et sententiam suam non prout lex et justitia*“ (i. e. strictum jus), „sed prout humanitas et misericordia“ (i. e. bona fides) „impulit, regere“. — Cicero pro Rosc. Com. c. 5; de officiis III. 17: „... summam vim... esse in omnibus iis arbitriis“ (vgl. unten Anmerkung 30), „in quibus adderetur ex fide bona; fideique bonae nomen... manare latissime...: in his magni esse judicis, statuere, ... quid quemque cuique praestare oporteret.“ — L. 41 D. de jud. 5, 1. L. 31 §. 20 i. f. D. de Aed. Ed. 21, 1. Vgl. L. 40 D. 5, 1. L. 38 pr. D. 17, 2. —

Gewiss würden die römischen Juristen die Freiheit des officium judicis in bonae fidei actiones nicht so sehr betont haben, wenn es Sitte des Prätors gewesen wäre, das richterliche Aestimationsrecht auch bei diesen Klagen durch eine der Kondemnation hinzugefügte *taxatio* zu beschränken. Auch würde sich eine solche Beschränkung nicht geziemt haben, da sie den Verdacht erregen musste, der Prator misstraue der bona fides des judex. Vgl. Bachofen, de rom. jud. civ. diss. 1840, pag. 163. Zudem lässt sich zur Begründung dessen, dass die condemnatio bei bonae fidei actiones eine (incertae pecuniae) infinita gewesen sein muss, noch die nachstehende Eigenthümlichkeit der bonae fidei actt. anführen.

¹⁸⁾ Seneca versteht hier unter dem judex den Richter in stricti juris actiones, unter dem arbiter den Richter in arbiträren Klagen und (vor allem) denjenigen in bonae fidei actiones. Vgl. §. 1 Inst. 4, 6: „apud judices arbitrosve“. Ueber den hierher gehörigen ciceronischen Sprachgebrauch vgl. unten Anm. 30.

In b. f. a. konnte der Richter *ex officio* auf *usurae* (auch für die Zeit vor der Litiskontestation; vgl. L. 32 §. 2 D. 22, 1), *fructus*, überhaupt *omnis causa*, verurtheilen. L. 24 D. 14, 3. L. 51 pr. D. 10, 2. L. 2. 3 §. 1 L. 10. 38 §. 7 D. 22, 1. L. 35 D. 50, 16. Die *omnis causae aestimatio* wird *in jure* m. E. nicht schon haben erfolgen können, was doch für eine etwaige *taxatio* erforderlich sein würde (dieses Argument gilt auch für die *arbitrariae actiones*).

Die angeführte Eigenthümlichkeit der b. f. a. bestätigt nur die Freiheit des *officium judicis* und deutet auf eine *condemnatio infinita* hin. Dem gegenüber ist von nicht erheblichem Gewicht das „*velut si incertum aliquid petamus*“ des Gajus (IV. 51), denn Gajus wollte hiermit gewiss nicht sagen, dass die *taxatio* bei allen *incerti actiones* (also in erster Linie bei den b. f. a.) stattfinde, sondern er wollte nur ein Beispiel („*velut*“) für die Anwendung der *taxatio* anführen und dieses ist ihm insofern gelungen, als wirklich diejenigen Klagen, bei welchen eine *taxatio* zur Anwendung gelangte, *incerti actiones* sind, wie wir unten sehen werden. Dass Gajus nicht sagen wollte, alle *incerti actiones* erhielten eine *condemnatio cum taxatione*, sehen wir z. B. aus Gaj. IV. 47, wo der *depositi actio* (sicherlich einer *incerti actio*) keine *taxatio* ertheilt wird.

Hasse (im Rhein. Mus. f. Jurispr. VI. 2 S. 180 ff.) behauptet, „dass die *Condemnation* mit *duntaxat* zu Gajus Zeit hauptsächlich bei *Instruction* der *bonae fidei actiones*, natürlich immer nur in der *formula in factum concepta* angewandt ward“ (S. 182), und glaubt, „dass dieses Recht“ (der *Taxation*) „in der Periode, die zwischen Gajus und Ulpian liegt, gerade für die *bonae fidei actiones* vom Magistratus in das *officium judicis* überging und sich dann von den b. f. *judicia* auf alle Fälle des *in litem jusjurandum* ausdehnte.“ — Der ersten Behauptung widerspricht schon Gaj. IV. 47. Was die zweite Behauptung anbelangt, so ist zuzugeben, dass dem Richter das *Taxationsrecht* bezüglich des *jusjurandum in litem* wahrscheinlich zuerst bei den *bonae fidei actiones* ertheilt worden ist, arg. L. 4 §. 2 D. 12, 3. Aber es war ihm m. E. schon ertheilt zu Gajus Zeit. Wir würden seine Erwähnung auch bei

Gajus finden, wenn wir von ihm überhaupt eine Erörterung über das *jusjurandum in litem* besäßen. Jedenfalls liegt kein Grund vor anzunehmen, dieses Taxationsrecht bei *b. f. a.* sei vom Magistrat auf den *judex* übergegangen. Dieser Annahme widerspricht wieder Gaj IV. 47 und zudem ist nicht abzusehen, warum der Prätor, wenn er ursprünglich die Taxation bei *b. f. a.* geübt hätte, dieses Recht dem *judex* abgegeben haben sollte. Im Gegentheil, da wir gesehen haben, dass *jusjurandum in litem* und prätorische Taxation nicht vereinbar sind (L. 18 pr. D. 4, 3. L. 68 D. 6, 1), da es ferner wahrscheinlich ist, dass das *jusjurandum in litem* zuerst bei den *b. f. a.*, und zwar schon in älterer Zeit, aufgetaucht ist, so ist anzunehmen, dass gerade bei den *b. f. a.* der Prätor nie die Taxation geübt hat.

Ueberhaupt darf man m. E. nicht glauben, die *taxatio praetoria* der Kondemnation habe in vielen Klagen Anwendung gefunden. Gajus selbst, unser Haupt-Gewährsmann, vor dessen Auffindung man von dem Wesen der *condemnatio cum taxatione* so gut wie nichts wusste, behandelt die *taxatio* sehr kurz und im Einzelnen wird dieselbe sowohl von Gajus (III. 224) als von den beiden übrigen vorjustinianeischen Autoren, welche ihrer erwähnen (nämlich Paulus in Collat. II. 6 §. 1 und Cicero pro Tullio II. 7.) nur bei einzelnen bestimmten Klagen erwähnt. Dass die justinianeischen Kompilatoren die in den Schriften der römischen Juristen noch sonst vorhandenen Spuren der *condemnatio cum taxatione* mit Stumpf und Stiel auszurotten bemüht waren (so dass man im Corpus Juris nur an einzelnen Stellen und mit Mühe die entstellten Ueberbleibsel noch erkennen kann), ist kein Wunder, da mit der Aufhebung der *formulae* die *cond. cum taxatione* ihrer Natur nach in Wegfall gekommen war (ihre Ueberbleibsel scheinen die oben §. 1 aufgezählten *taxationes incertae* zu sein; im Uebrigen findet man zu Justinian's Zeit die *taxatio* nur noch bei dem *jusjurandum in litem*).

Die einzelnen *bonae fidei actiones* sind nach Gaj. IV. 62 (mit Benutzung von Huschke's Konjekturen) und §. 28. 29 Inst. 4, 6 folgende: *Actio emti, venditi, locati, conducti, negotiorum ge-*

storum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, commodati, pignoris dati, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis de aestimato und ex permutatione, rei uxoriae und die hereditatis petitio. Vgl. Cic. de off. III. 17. L. 38 pr. D. 17, 2.

Auszuscheiden hiervon sind zunächst die *hereditatis petitio*¹⁹⁾, sowie die *actiones directae depositi*²⁰⁾ und *commodati*, weil bei diesen drei Klagen das *jusjurandum in litem*²¹⁾ stattfinden konnte. Vgl. §. 12. Ebenfalls und zwar aus demselben Grunde (obgleich dieser hier nicht auf die Quellen gestützt werden kann; ich stütze ihn auf die nahe Verwandtschaft der *actio pigneraticia in personam* mit den *actiones depositi* und *commodati*) kann die *actio pigneraticia* hier, wo es sich um die *taxatio* handelt, unerörtert bleiben; und die Erörterung der alten *actio fiduciae* bleibt aus selbstverständlichen Gründen ausgeschlossen.

19) Diese Klage ist erst nachträglich von Justinian für eine b. f. *actio* erklärt.

20) Ueber die Fassung der *formula depositi in jus concepta* vergl. A. Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontraote, auf Rückgabe derselben Species, 1870. S. 1—13. Ubbelohde konjicirt, die hinter „condemnatio“ befindlichen Siglen „n. r.“ bedeuten nicht, wie bisher angenommen wurde, „nisi restituat“, sondern „numeratâ pecuniâ“, und konstruirt den hier in Betracht kommenden Theil der Formel folgendermassen: „ob eam rem . . . d. f. o. ex fide bona *ejus*, [*id*,] *judex*, NN^m AA^o condemnato *numeratâ pecuniâ*; si non paret, absolvito.“ Gegen diese Formel ist, da das „*id*“ zweifellos in der Veroneser Handschrift zwischen „*ejus*“ und „*judex*“ steht, da also der Ablativ „*numeratâ pecuniâ*“ erforderlich ist (ein doppelter Akkusativ würde unstatthaft sein), nichts einzuwenden (obgleich „*numeratam pecuniam*“ mit Streichung des *id* der gebräuchlichen Formelkonstruktion näher kommen würde). Die im Text aufgestellte Behauptung rücksichtlich des Schätzungseides wird durch das von A. Ubbelohde erzielte wissenschaftliche Resultat nicht alterirt. Vgl. unten §. 12.

21) In den hierher gehörigen *contrariae actiones* fand ein *jusjurandum in litem* nur dann statt, wenn sie (ausnahmsweise) restitutorisch oder exhibitorisch waren. Vgl. L. 5 pr. D. 16, 3. Wohl aus diesem Grunde zählt Huschke de taxationibus sie vorzugsweise zu den *actiones cum taxatione*.

Speciell zu beleuchten sind jedoch noch folgende Gruppen:

1. Die actiones *empti* und *venditi*, *locati* und *conducti*, welche hier zusammengestellt werden, da sie ziemlich den gleichen Regeln folgen. Ihre *condemnatio* ist *infinita*²²⁾. Jedoch wird dies für die *empti actio* von Einigen bestritten, mit folgender Unterscheidung:

a) Die *empti actio* war bisweilen gewissermassen arbiträr. Nämlich wenn das klägerische *petitum* vorherrschend auf ein *tradere* (oder *restituere*²³⁾, in welchem Falle Val. Max. VIII. 2 die *empti actio* mit Recht ein „*arbitrium*“ nennt) ging, so konnte nach Paul. Sent. I. 13 a §. 4 cfr. Gaj. IV. 131 c. f. der Beklagte zu dem *tradere* — bezw. *mancipare* — gezwungen werden, und zwar vermuthlich durch die in die Formel eingefügten Worte: „*nisi tradat*“ (*nisi mancipet*). Dass in diesem Falle die *condemnatio* eine *infinita* war (vgl. L. 18 pr. D. 4, 3. L. 68 D. 6, 1), wird Niemand bestreiten.

Freilich scheint ein *jusjurandum in litem*, welches stets nur bei restitutorischen oder exhibitorischen Klagen als Regel erwähnt wird, bei der auf blosses *tradere* („*nisi tradat*“) oder *mancipare* gerichteten *actio empti* keine Anwendung gefunden zu haben²⁴⁾. Auch wird dieser Eid bei der *actio empti* nirgends erwähnt.

b) Dagegen wo das klägerische *petitum* bei der *actio empti* weniger auf das *tradere*, *mancipare* u. dgl. selbst, als vielmehr auf das event. Interesse ging, wurde natürlich die Formel ohne das richterliche *arbitrium de tradendo* konstruiert

²²⁾ Ueber die Konstruktion der Formeln vgl. Gaj. IV. 131 a. Val. Max. 8, 2 §. 1. L. 27 D. 46, 2. — L. 89 D. 45, 1.

²³⁾ L. 13 §. 18 D. 19, 1: „*Si quid ... venditor donavit ante traditionem, ... hoc quoque restitui debet.*“ L. 12 Cod. 4, 49.

²⁴⁾ Das *jusjurandum in litem* wird freilich in der L. 5 §. 4 D. 12, 3 auch bei Klagen erwähnt, welche auf ein *tradere* bezw. *dare* gerichtet sind. Allein das „*interdum*“ in dieser Stelle deutet an, dass von einer rein singulären Rechtsregel die Rede sei, das „*stricti iudicii*“ zeigt, dass hier nur *stricti juris act.* gemeint seien, und aus dem „*veluti*“ („*si promissor Stichum moram fecerit*“) folgt, dass Marcianus hier nur ein Beispiel anführen wollte.

und man kann in diesem Falle die *actio emti* nicht quasiarbiträr nennen. War auch in diesem Falle die *condemnatio* eine *in-finita*? Dass die Pandekten bei der *emti actio* nirgends eine *taxatio* erwähnen, dürfte allenfalls der Interpolation zugeschrieben werden, wobei jedoch zu bedenken ist, dass auch die nicht interpolirten vorjustinianeischen Quellen die *taxatio* bei der *emti actio* nicht erwähnen. Auffallend ist es, dass einige Gelehrte in einer Stelle des *Codex* Spuren einer bei der *actio emti* zur Anwendung gelangten *condemnatio cum taxatione* zu erblicken glauben. Es ist dies die L. 4 Cod. de A. E. V. 4, 49 (Diokletian und Maximian a. 290):

„Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat; quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit“²⁵⁾.

Wäre die zitierte Stelle von einem der klassischen Juristen verfasst, so würde man das „Praeses provinciae tantum in condemnationis taxationem deducere curabit“ so auffassen dürfen, als sei hier eine technische *condemnatio cum taxatione* gemeint. Man wird jedoch diese Auffassung fallen lassen, wenn man bedenkt, dass zur Zeit der Abfassung jener Stelle (anno 290 p. Chr.) von einer eigentlichen *condemnatio cum taxatione* (von einer *ima formulae pars*) wohl nicht mehr die Rede sein konnte. Die zitierten Worte bedeuten daher nur: Praeses prov. tantum venditorem condemnabit.

Ueber die *venditi actio* (diese Klage, welche meistens auf blosse Preiszahlung geht, war ihrer Natur nach vielleicht am geeignetsten zur Aufnahme der *taxatio*; vgl. auch L. ult. D. 18, 6: „*usuras duntaxat praestabit*“; es liegt jedoch im Uebrigen

²⁵⁾ Vgl. hierzu *Huschke* de taxation. (Anm. 3) pag. 269–270, welcher richtig bemerkt, dass hier die „*taxatio*“ nur „*communi sensu*“ vgl. oben S. 2) zu verstehen sei. Weshalb trotzdem derselbe Gelehrte behauptet, bei der *actio emti*, *conducti* und anderen („*complures*“) b. f. a., und zwar „*inprimis*“ bei den *contrariae*, sei eine *taxatio* im Sinne von Gaj. IV. 51 üblich gewesen, ist nicht einzusehen.

durchaus kein Grund vor, bei der *vend. actio* etwas von den übrigen b. f. a. Abweichendes zu statuieren), sowie über die *actiones locati*²⁶⁾ und *conducti* ist nichts Besonderes zu bemerken: Sie folgten in Allem den für die b. f. a. überhaupt geltenden Regeln. (Anderer Ansicht ist hier, ohne nennenswerthe Begründung, *Huschke de taxation. p. 270*).

2. Ferner dürfen zu Einer Gruppe zusammengefasst werden die *actiones mandati, negotiorum gestorum, tutelae* und *pro socio*, welche sicherlich zur Aufnahme einer prätorischen *taxatio* nicht geeignet waren. Was sollte z. B. bei der *actio negotiorum gestorum* (nahe verwandt der *actio mandati*) oder *tutelae* (über deren Formel vgl. L. 11 D. 46, 6), bei Klagen, welche so viele Beweise und Erörterungen seitens der Parteien, so viele Erwägungen und Bedenken seitens des Richters erforderten, eine prätorische *taxatio*, der *condemnatio* hinzugefügt, nützen? Eine solche *taxatio* würde zudem erfordern, dass alle jene Erörterungen, Beweise und Erwägungen schon in jure vom Prätor antezipiert wurden, um dann in *judicio* trotzdem noch Ein Mal wiederholt zu werden. Bei der *actio pro socio* ferner, deren Formel folgende *condemnatio* gehabt haben soll: „*Quidquid alterum alteri d. f. o. ex f. b., id judex alterum alteri condemna*“ rel. (vgl. L. 71 D. 17, 2. Gaj. IV. 160), war die Hinzufügung einer prätorischen *taxatio* einigermassen unmöglich.

3. Aehnliches, wie für die *actio pro socio*, gilt für die *familiae erciscundae* und für die *communi dividundo actio*. Bei diesen kommt noch Folgendes hinzu: Sie gehören²⁷⁾ zu den

26) Die *actio locati* gestattete, wenn sie restitutorisch war, dem Kläger das *jusjurandum in litem* — L. 48 §. 1 D. loc. cond. 19, 2 —, war demnach in diesem Falle unfähig zur Aufnahme einer prätorischen *taxatio*.

27) Nebst den beiden *interdicta retinendae possessionis* — L. 2 §. 1 D. 10, 3: „*par causa omnium videtur*“. L. 13. 14 D. 5, 1. Vgl. L. 12 D. 44, 1 — und der *actio finium regundorum* (vgl. unten S. 35 f.), für welche letztere überhaupt alles über die *act. comm. div. und fam. erc.* hier Gesagte in gleichem Masse zutrifft.

sogen. *judicia duplicia*, welche jedenfalls zur Aufnahme einer einseitigen *taxatio* wenig geeignet waren. Vgl. L. 10 D. 10, 1. L. 2 §. 3 L. 44 §. 4 D. 10, 2. L. 2 §. 1 D. cit. 10, 3. Ausserdem erforderten die Theilungsklagen sowohl rücksichtlich der zu theilenden *ipsa res* als auch rücksichtlich der *praestationes personales* (*Huschke* de taxation. p. 270 glaubt, dass bezüglich dieser *praest pers.* den Theilungsklagen eine *taxatio* eingefügt sei) manche verwickelte Verhandlungen und *probationes* und es würde widersinnig und unzweckmässig sein, diese behufs Ausmittlung der *taxatio* schon in *jure* zu antezipiren.

4. Die von mir der obigen Aufzählung arg. §. 29 Inst. 4, 3 hinzugefügte *actio rei uxoriae* scheint, wie alle b. f. a., eine *condemnatio infinita* gehabt zu haben. Die ihrer Formel eingefügte Klausel: „*quantum aequius melius sit*“²⁸⁾ gab dem Richter ein noch freieres, vom Prätor noch unabhängigeres²⁹⁾ Aestimationsrecht, als die einfache *bonae fidei clausula*, und liess jedenfalls eine *taxatio* nicht zu. — Auch fand bei der *rei uxoriae actio* bisweilen das *jusjurandum in litem* statt (L. 25 §. 1 D. 24, 3), welches überall die *taxatio* verdrängt.

5. Auch die *condemnatio* der beiden *praescriptis verbis actiones de aestimato* und *ex permutatione* (§. 28 Inst. 4, 6) wich m. E. von derjenigen der übrigen b. f. a. in keinem wesentlichen Punkte ab. Für beide Klagen scheint die Natur der *empti* und *venditi actio* massgebend gewesen zu sein (L. 1 pr. D. 19, 3. L. 2 Cod. 4, 64. L. 50 D. 18, 1. L. 2 Cod. 4, 54)

²⁸⁾ M. Val. Probus 6: „M. A. E.“ Cic. de off. III. 15. L. 66 §. ult. D. 24, 3: „*melius aequius*“. L. 82 i. f. D. 46, 3. — Die *actio rei uxoriae* oder de dote (vgl. §. 29 Inst. 4, 6: *actio ex stipulatu*) wird in L. 8 D. 4, 5 *actio „in bonum et aequum“* concepta genannt (vermuthlich auf Grund jener Klausel). Ueber die vielfache Anwendung dieser (für die *taxatio* unwesentlichen) Benennung vgl. unten.

²⁹⁾ Vom Prätor und von dessen Instruktionen war die Klage so unabhängig, dass sie sogar „*redintegrato matrimonio*“ von selbst zu erlöschen — „*expirare*“ — pflegte. L. 19 D. 24, 3; vgl. L. 42 §. 3 D. eod. L. ult. D. 25, 2.

und ausserdem gilt für beide Manches von dem unten S. 36 ff. über die *stricti juris actiones praeser. verbis* Gesagten.

Soweit über die *bonae fidei actiones*, welche Cicero „*arbitria*“ zu nennen pflegt (Cic. pro Rosc. C. c. 4. 5. 9, top. c. 17, de off. III. 15. 17, ad fam. VII. 12, 2; pro Quint. c. 3, pro Rosc. Am. c. 39. Vgl. Seneca de benef. III. 7: „*judex — arbiter*“. §. 1 Inst. 4, 6)³⁰).

III. Die *stricti juris actiones*,

soweit sie nicht auf *certa pecunia* (vgl. Savigny, Syst. V. S. 622 ff.) gerichtet waren (vgl. oben S. 20 ff.), scheinen ebenfalls sämtlich eine *condemnatio incertae pecuniae infinita* gehabt zu haben, während die auf *certa pecunia* gehenden *stricti juris actiones*, wie oben gezeigt ist, naturgemäss eine *certae pecuniae condemnatio* hatten. Eine *taxatio* duldeten die *stricti juris actiones* ihrer Natur nach nicht; in ihnen waren dem Richter nicht etwaige Aestimationsbeschränkungen vom Prätor vorgeschrieben, sondern jener hatte nur auf das *strictum jus* zu sehen, die „*vera rei aestimatio*“ zu ermitteln und das „*quod in veritate est*“ zu untersuchen. L. 37 D. 50, 16: „*Verbum*

³⁰) Mit dem Ausdruck „*arbitria*“ (nicht zu verwechseln mit den „*arbitrariae actiones*“) umfasst Cicero die sämtlichen *arbitrariae actiones* und die *actiones bonae fidei* und *honorariae*, im Gegensatz zu den „*judicia*“ („strenge Klagen“), wie Cicero die *stricti juris actt.* und die zivilen Deliktsklagen nennt. Vgl. Savigny Syst. V. S. 106 (anders Rudorff röm. Rsgesch. II. S. 152). Die *arbitrariae actt.* waren (neben den *honorariae* und *bonae fidei actt.*) somit ein Theil der „*arbitria*“ („freien Klagen“) im ciceronianischen Sinne (vgl. Festus v. *Arbiter*, *Arbitrium*, *Arbitrarium*). Bei anderen Juristen wird freilich „*arbitrium*“ auch wohl gleichbedeutend mit „*arbitraria actio*“ gebraucht. Gaj. IV. 163. 114. 141. Zu Justinian's Zeit verschwand die ciceronianische Unterscheidung von *judicia* und *arbitria* (mit welcher die Unterscheidung von *judex* und *arbiter* korrespondirte). Spuren derselben finden sich übrigens noch in §. 1 Inst. 4, 6 („*apud iudices arbitrosve*“), L. 38 pr. D. 17, 2. L. ult. §. 2 D. 49, 1. Rubrum Cod 5, 51 („*Arbitrium tutelae*“) u. a. St. Jene Unterscheidung ist insofern auch für unsere *taxatio* wichtig, als sich diese (wie wir weiterhin sehen werden) nie bei einem „*judicium*“, sondern nur bei „*arbitria*“ findet, und zwar nicht bei allen, sondern nur bei den *honorariae* und zugleich *poenales actiones*.

oportere . . . ad *veritatem* refertur.“ L. 179 D. eod.: „ . . . placet *veram* rei aestimationem fieri.“ (Die hier vorher genannten Worte „*quanti ea res erit*“ finden sich in allen *incerti conditiones*). L. 5 §. 1 D. 2, 7: „*in factum* iudicium datur, quo *non id* continetur, *quod in veritate est*“ rel.

Vgl. L. 13 D. 22, 3: „*veritatem* excuti oportet.“ L. 29 i. f. D. eod.: „*veritati* locum superfore.“ In L. 2 §. ult. D. 2, 8 werden sich gegenübergestellt „*veritas*“ und „*quantitas*“, ebenso dann: „*vera* *quantitas*“ und „*certa* *quantitas*“. Die „*vera* *quantitas*“ oder „*veritas*“ wird verlangt bei *incerti*, die „*certa* *quantitas*“ oder „*quantitas*“ schlechthin bei *certi* actiones (insbesondere bei *act. stricti juris*). Vgl. L. 50 pr. D. 47, 2: „*rei verum* pretium“, und L. 2 §. 13. L. 4 §. 11 D. 47, 8: „*pretium verum* rei“. — Uebrigens findet sich der Ausdruck *veritas* auch bei *in rem* (vgl. L. 10 D. 1, 6 und L. 62 §. 1 D. 35, 2: „*secundum rei veritatem* aestimanda“), überhaupt bei *arbitrariae* (L. 2 Cod. 5, 53: „*iudex de veritate* cognoscet“), sowie bei den *reipersekutorischen in factum* actiones (L. 7 §. 2 — cfr. princ. — D. 27, 6: „*Quod ait Praetor: quanti ea res erit, magis puto non poenam, sed veritatem* his verbis contineri“. Der Umstand, dass hier „*poena*“ und „*veritas*“ sich gegenübergestellt werden, wird unten bei der Darstellung der actiones cum taxatione noch eine Rolle spielen). Wir werden im Weiteren sehen (für die *arbitr. actiones* ist dies oben S. 22 ff. schon nachgewiesen), dass die eben genannten Klassen von actiones, bei denen es auf das „*de veritate cognoscere*“ ankam, sämtlich eine *condemnatio infinita* hatten.

Speziell für die *stricti juris* actiones kommt ferner in Betracht Cic. pro Rosc. Com. c. 5: „*Quid est in iudicio?*“³¹⁾ *directum, asperum, simplex*: Si paret HS. 1000 dari oportere.“

Die auf *incerta pecunia* gerichteten, also eine *condemnatio infinita* enthaltenden, *stricti juris* actiones zerfallen in folgende Gruppen, deren jede ihre Besonderheiten hat:

³¹⁾ Zu dem „*iudicium*“ vgl. die Note 30. „*Strenge Klage*“.

1. Die technisch sogen. *condictiones*³²⁾ *triticariae* oder *triticariae* (definirt in L. 1 D. 13, 3), d. h. diejenigen Kondiktionen, welche nicht auf baares Geld (*certa pecunia*³³⁾), sondern auf irgend eine andere Sache gerichtet waren, mochte diese nun eine *certa*³⁴⁾ oder eine *incerta res*³⁵⁾ sein. — Eigenthümlicher Natur war die *condictio furtiva* oder *ex causa furtiva* (Savigny Syst. V. S. 552), welche — gerichtet auf „dare facere oportere“³⁶⁾ — dem Eigenthümer zustand zur Erlangung seiner eigenen Sache (deren Besitz der verklagte Dieb hatte). War diese Klage eine *actio ex delicto*!³⁷⁾ Ich glaube mit Savigny Syst. V. S. 551 ff. 556 ff. diese Frage verneinen zu müssen, kann jedoch den Savigny'schen Gründen nicht in allen Punkten³⁸⁾ vorbehaltlos beistimmen. Denn die von Savigny a. a. O. S. 557 angeführte L. 10 §. 2 D. 16, 2 stellt nur die „*condictio*“ („*ex causa furtiva*“) und die „*actio*“ („*ex maleficio*“) einander gegenüber („*Quoties ex maleficio oritur*

32) Ueber die ältere Bedeutung des Wortes *condictio* vgl. Gaj. IV. 17. 18 und Servius in Virgilii Aeneidem III. 89. 117.

33) Die *condictiones triticariae* lassen sich nur negativ definiren.

34) Formel: „*Si paret Nm Ao Stichum hominem dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Ao c. s. n. p. a.*“ Gaj. IV. 33. II. 204. Dieselbe Kondemnation („*qu. e. r. e., tant. pec.*“) findet sich bei allen *arbitrariae* (besonders bei den in rem) actiones. Von diesen unterscheiden sich jedoch die Kondiktionen dadurch, dass letzteren das *arbitrium de restituendo s. exhibendo* und regelmässig (vgl. L. 5 §. 4 D. 12, 3) auch das *event. iusjurandum in litem* fehlte.

35) Formel der *incerti condictio*: „*Quod As de N° incertum stipulatus est, q. d. r. a.*“ (eine *demonstratio* war übrigens nicht etwa speziell der *incerti condictio* eigenthümlich), „*quidquid paret ob e. r. Nm Ao d. f. o., id*“ (über den Akkusativ „*id*“ vgl. oben S. 19) „*iudex*“ rel.

36) Zu diesen *termini technici* vgl. im Allgemeinen L. 37. 175. 189. 218 D. 50, 16.

37) Ich stelle hier diese Frage, weil die actiones *ex delicto*, wie sich unten zeigen wird, für die Taxationsfrage von nicht geringer Bedeutung sind.

38) Sehr treffend ist z. B. folgender, von Savigny a. a. O. S. 561 angeführter Grund: Die *condictio furtiva* geht unbeschränkt auch gegen die Erben. §. ult. Inst. 4, 6. — Fernere triftige Gründe s. b. Savigny S. 558—561.

actio, ... Idem est, si *condicatur ex causa furtiva*³⁹⁾ und scheint gerade im Gegenteil mit ihrem „*Idem est, si cond. ex causa furtiva*“ zu beweisen, dass die cond. furt. eine *actio ex delicto* (jedoch nicht poenalis, sondern eben als *condictio reipersekutorisch*) sei. Ebenso wenig beweisen die von demselben Rechtsgelehrten zitierten L. 6 D. 13, 1 und §. 11 Inst. 4, 1 (a. a. O. S. 557—558), dass die cond. furt. keine *actio ex delicto* sei; sondern sie beweisen nur, dass dieselbe keine Pönalklage sei (vgl. L. 7 §. 1. 2 D. 13, 1. §. ult. Inst. 4, 1), was jedoch von Niemandem bestritten wird (eine *condictio* kann nicht poenalis sein, wenn sie nicht aufhören will *condictio* zu sein). — Einen sehr brauchbaren Beweisgrund bildet der (von Savigny a. a. O. m. W. nicht benutzte) §. 18 Inst. 4, 6: „*Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae . . . mixtae sunt. — — — ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens*“ (formula petitoria), „. . . . *adversus furem etiam condictio est rei*“. Hier wird die *condictio furtiva* (neben der *rei vindicatio*; vgl. §. ult. Inst. 4, 1) ganz entschieden den (poenales oder *mixtae*) *actiones „ex maleficiis“* als etwas Heterogenes gegenübergestellt. — Ausserdem ist beachtenswerth, dass die Digesten die cond. furt. im 1. Titel des 13. Buches, mitten zwischen den *conditiones quasi ex contractu* und unmittelbar vor der *condictio ex lege* (Dig. 13, 2), dagegen die *actiones ex delicto* und *ex quasi delicto* im 47. Buche behandeln, und dass ebenso der Codex die cond. furt. mitten zwischen den übrigen Kondiktionen erörtert. Als *actio ex delicto* würde sie besser ihren Platz neben der *actio furti* finden.

2. Die *actio finium regundorum*³⁹⁾ führe ich, ohne dieselbe für eine *actio stricti juris* erklären und mich dadurch mit der herrschenden Ansicht in Widerspruch setzen zu wollen⁴⁰⁾, mit

³⁹⁾ Vgl. Isid. Hispal. libr. orig. s. etym. V. 25. 11. Tit. Dig. 10, 1.

⁴⁰⁾ Vgl. Windscheid, Pand. II., 3. Aufl., §. 450 Note 8: *bonae fidei*. Die Verwandtschaft der drei Theilungsklagen unter sich spricht für die b. f. = Qualität der fin. reg. actio. Aber vgl. gegnerischerseits die L. 4 §. 2 D. h. t. 10, 1: „. . . *non omnimodo hoc in iudicium venient, aut enim* . . .

in dieser Reihe an, weil ich, soweit möglich, gern den Quellen folge und weil diese nun einmal die *actio fin. reg.* unter den *b. f. a.* nicht aufzählen⁴¹⁾. — Vermuthlich war die *actio finium regundorum* nicht (wie z. E. Keller, röm. Zivilpr. I. S. 119 arg. L. 4 §. 3 h. t. 10, 1 glaubt) *arbitraria*; denn die L. 4 §. 3 D. 10, 1, auf welche sich die gegentheilige Ansicht stützt, handelt nicht von dem *arbitrium de restituendo*, sondern von der *adjudicatio* (mit Hinweis auf die *event. condemnatio*). Vgl. §. 6 Inst. 4, 17 und L. 2 §. 1 D. h. t. 10, 1: (*judex*) „*adjudicatione controversiam dirimat*“; weiterhin: „*potest hoc facere per adjudicationem et condemnationem*“. L. 3. 4 pr. §. 5 D. eod. Zudem wird die Klage nirgends *arbitraria* genannt und weder bei den arbiträren Klagen noch etwa bei dem *jusjurandum in litem* erwähnt. Vgl. §. 31 Inst. 4, 6 und Tit. Dig. 12, 3. Erwähnt wird sie jedoch bei der *adjudicatio*; Gaj. IV. 42. Ulp. Fragm. XIX. 16. — Die von einigen Rechtsgelehrten auf §. 20 Inst. 4, 6 gestützte Behauptung, die Klage *obtinire „mixtam causam“*, sei nämlich „*tam in rem quam in personam*“ (vgl. L. 1 i. f. D. h. t. 10, 1: „... *pro vindicatione rei est*“)⁴²⁾, kann ich nicht akzeptiren; denn die L. 1 D. cit. 10, 1 sagt: „*Finium regundorum actio in personam est (licet pro vindicatione rei)*“ und an diesen klaren Ausspruch des Paulus⁴³⁾ darf man sich halten.

lucrari eum oportet... aut... condici oportet“ und das in Anm. 41 Gesagte. — Kommt für diese Frage vielleicht die geschichtliche Verschiedenheit zwischen „*finis*“ und „*locus*“ in Betracht? Vgl. Windscheid a. a. O. Note 10 und den das. Note * angef. Karlowa.

41) Vgl. Gaj. IV. 62 und §§. 28. 29 Inst. 4, 6. Justinian will in den §§. 28. 29 citt. jedenfalls die *b. f. a.* vollständig aufzählen („*Sunt autem b. f. a. hae:*“).

42) Wäre jene Behauptung richtig, so würde der Streit, ob die *fin. reg. actio bonae fidei* oder *stricti juris* sei, seinen Boden verlieren, da diese Unterscheidung auf *actiones in rem* und (im desbezüglichen Sinne) *mixtae* keine Anwendung findet (nur die *hereditatis petitio* macht hier seit Justinian eine Ausnahme).

43) Paulus im Ersten Fragment des Tit. Dig. *finium regundorum* will κατ' ἐξοχήν das Wesen der *act. fin. reg.* darstellen, während Justinian im zit. §. 20 Inst. *de actionibus* nur bemüht ist, Beispiele für die (h. z. T

3. Die *actiones praescriptis verbis* sind m. E. zweifellos⁴⁴⁾, mit Ausnahme der *actio*, „*quae de aestimato proponitur*“ und derjenigen, „*quae ex permutatione competit*“ (§. 28 Inst. 4, 6), *stricti juris actiones*. Sie beruhten auf den sogen. *Innominat*-(Real-)Kontrakten („*quum proprium nomen invenire non possumus*“. L. 1 pr. D. 19, 5) und gingen auf das Interesse, während neben ihnen alternativ die *condictio causa data causa non secuta* auf Rückgabe stattfand. Die Behauptung, dass die *praeser. v. actiones* (mit Ausnahme der beiden in §. 28 Inst. 4, 6 genannten) *stricti juris* seien, wird ausser durch den zit. §. 28 Inst. 4, 6 noch bewiesen durch L. 19 §. 2 D. 43, 26 („*in certi condictione, i. e. praeser. v.*“; vgl. jedoch L. 2 §. 2 D. eod.) und L. 3 §. 4 D. 12, 4: „*actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictioem*“ (d. h. die *praeser. v. actio*, nicht etwa die *condictio causa data causa non secuta*)⁴⁵⁾.

Als *civilis* (nur prätorische Klagen, aber nicht alle, erhielten m. E. eine *taxatio*; vergl. unten §. 9) und als *stricti juris actio* (vgl. oben S. 32 ff.) musste die *praeser. verbis actio* eine *condemnatio infinita* haben. Beispielsweise war die For-

in diesem Sinne überhaupt nicht mehr anerkannten) *mixtae* — „*tam in rem quam in personam*“ — *actiones* aufzufinden, und das spezielle Wesen der *fin. reg. actio* weniger berücksichtigt.

44) Vorzüglich aus dem in Anm. 41 angedeuteten Grunde.

45) Savigny, Syst. V. S. 485 not. f., hält alle *praeser. v. actiones* für *bonae fidei*. Seine Gründe sind jedoch theils unzutreffend theils unzureichend. 1) Die L. 1 pr. D. 19, 3 redet nur vom *contractus aestimatorius* (dessen *bonae fidei* Qualität — vgl. §. 28 Inst. 4, 6 — nicht bestritten ist), darf daher nicht als eine „sehr allgemeine Aeusserung Ulpian“ bezeichnet werden. 2) Der Grund, aus welchem in dem Falle der L. 17 §. 2 D. 19, 5 u. der L. 10 §. 1 L. 12 pr. D. 13, 6 nur *dolus* prästirt wird, ist klar ausgesprochen in L. 17 §. 2 D. cit.: „*quia prope depositum hoc accedit*“. 3) Nicht zuzugeben ist, dass die §§. 28. 29 Inst. 4, 6 nur Beispiele der *bonae fidei actiones* anführen, nicht aber eine vollständige Aufzählung derselben geben wollen. 4) Die L. 2 §. 2 D. de precar. 43, 26, welche von Savigny nicht einmal für seine Ansicht verwerthet wird, wird m. E. genügend entkräftet durch die L. 19 §. 2 D. eod. — Eine *clausula „ex fide bona“* war z. B. den Formeln des cap. 20 der *lex Rubria* eingefügt, welche trotzdem nicht *bonae fidei* waren. Vgl. unten §. 11.

mel einer (stricti juris) actio praeser. verbis folgende: „Ea res agatur“ (M. Val. Probus 6: „E. R. A.“), quod AAus NN^o 100 ea lege dedit, ut is Stichum servum suum manumitteret, quidquid ob e. r. NN^m AA^o d. f. o. paret“ (also die intentio einer condictio incerti), „id iudex NN^m AA^o e. s. n. p. a.“⁴⁶⁾. — *Arbitrariae* waren die actt. praeser. verbis an sich nicht.

4. Mit Unrecht zählen Manche die *legis Aquiliae actio* ebenfalls zu den stricti juris actiones. Die Unterscheidung von str. j. und bonae fidei actt. bezieht sich nur auf reipersekutorische (in personam) actiones, nicht aber auf pönale oder mixtae. Wahrscheinlich gebraucht Ulpian in L. 9 pr. cfr. §. 1 D. de R. C. 12, 1 den Ausdruck „(certi) condictio“⁴⁷⁾ für *civilis actio* (in diesem Sinne würde die actio legis Aquiliae eine „condictio“ genannt werden können)⁴⁸⁾. Jedenfalls war die actio legis Aquiliae keine *certi condictio*, wie sie Ulpian in L. 9 pr. §. 1 D. cit. 12, 1 zu nennen beliebt⁴⁹⁾. — Die angef.

46) Auf Grund von Gaj. IV. 51: „velut si *incertum* aliquid petamus“ könnte mancher glauben, die condemnatio der praeser. v. actiones sei *cum taxatione* gewesen. Denn gerade diese Klagen werden oft ex professo als incerti actiones oder vielmehr *incerti conditiones* bezeichnet. L. 7 §. 2 D. 2, 14. L. 23 i. f. D. 10, 3 L. 6. 8. 9. 16 pr. D. 19, 5. L. 19 §. 2 D. 43, 26 L. 6 Cod. 4, 64. L. 9 Cod. 8, 54. Vgl. jedoch über die Bedeutung jener Worte des Gajus oben S. 25.

47) Vgl. Rubrum Collat. II. 4 und XII. 7: „... si fatebitur injuria occisum esse, in simplum ut *condiceret*.“

48) Es giebt vier Erklärungsweisen: 1. Das Wort „condictio“ statt „actio“ ist hier ein reiner lapsus linguae, ebenso wie umgekehrt in Paul. Sent. II. 31 §. 34 „furti actio“ für „condictio furtiva“ gesagt wird. 2. Die L. 9 pr. D. cit. gebraucht das Wort „condictio“ in demselben Sinne, in welchem es die L. 25 pr. D. 44, 7 (Ulpian) L. 1 Cod. 8, 55. §. 15 Inst. 4, 6. Gaj. IV. 5 gebrauchen, nämlich in dem Sinne und mit der Bedeutung von „in personam actio“. 3. Die „condictio“ in L. 9 pr. cit. beruht auf jenem unbekümmertem Sprachgebrauch, auf Grund dessen römische Juristen umgekehrt statt „condictio ex stipulatu“ = „actio ex stipulatu“ und statt „condictio pecuniae creditae“ (s. ex mutuo) = „actio pecuniae creditae“ (Gaj. IV. 13. L. 70 D. 3, 3. L. 12 §. 1 D. 20, 5) zu sagen pflegen. 4. Eine vierte Erklärung steht oben im Text (*civilis actio*).

49) Sie hatte eine *incerta condemnatio* (Gaj. III. 210. 214. 215. 218). Ueber die *intentio* im Falle der L. 25 §. 2 L. 26 D. 9, 2 und ihren vermuthlichen Zusatz „quantive minoris id in eo anno plurimi fuerit“

Stelle ist die einzige im Corpus Juris, welche die *actio legis Aqu.* zu den Kondiktionen zu zählen scheint. Der ganze Titel *ad leg. Aqu. 9, 2 (Dig.)*, welcher doch für diese Frage vorzüglich beachtenswerth ist, bedient sich ausnahmslos des Wortes *actio*, nie des Ausdrucks *condictio*. Ferner werden sich z. E. in der *L. 2 §. 3 D. de priv. del. 47, 1*⁵⁰⁾ ausdrücklich gegenübergestellt, die ein pönales Element mit enthaltende *actio legis Aquiliae* und die reipersekutorische *condictio furtiva*⁵¹⁾.

Im Allgemeinen glaube ich dargethan zu haben, dass die *condemnatio* der *actiones stricti juris* eine *infinita* gewesen sein muss; unter Anderem spricht hierfür noch das, dass die Quellen (*Gaj. III. 224. Collat. II. 6 §. 1. 2 §. 1, Cic. pro Tullio. Lex Rubria cap. 20*) die *taxatio* nur bei *actiones in factum* erwähnen. — Es sind jedoch noch einige Streitfragen hier zu berücksichtigen.

a) Heffter (*observationes ad Gaji comment. IV. pag. 61*) glaubt, die *L. 3 i. f. Cod. 8, 38*⁵²⁾ beweiße, dass die *condemnatio* der *actiones stricti juris* eine *cond. cum taxatione* ge-

(Huschke, *Gajus S. 113*), welcher die ganze Formel zu einer *incerta* machte, vgl. unten §. 10.

⁵⁰⁾ „Quaesitum est, si *condictus* fuerit ex causa furtiva, an nihilominus lege *Aqu. agi* possit. Et... *agi* posse, quia alterius aestimationis est legis *Aqu. actio*, alterius *condictio* ex causa furtiva.“

⁵¹⁾ Diejenigen, welche trotzdem die *actio legis Aqu.* für eine *stricti juris actio* halten, können sich vielleicht noch stützen auf *Gaj. IV. 5. 18* („*conditionem dicimus...*, (qua) intendimus, *dar(i) no(bis) oportere*“), *Gaj. IV. 33. III. 91.* (vgl. §. 15 *Inst. 4, 6*), verglichen mit *L. 2 pr. L. 27 §. 5 D. 9, 2*: „*tantum aes dare... damnas esto*“, zumal da diese Formel auch bei dem *Damnationslegat* (mit *actio stricti juris*) sehr üblich ist (*Gaj. II. 201. III. 175. Paul. Sent. III. 6 §. 6. Ulp. Fragm. XXIV. 4. 14. L. 5 §. 1 L. 6. 8 §. 1 L. 19 pr. 30 pr. 32 pr. 82 §. 5. 84 pr. §. 1. 104 pr. §. 5. 105. 106. 122 §. 1 D. de leg. I L. 3. 44. 51 pr. D. de leg. II. L. 34 §. 1 L. 63 D. de leg. III. L. 17 D. 33, 1. L. 3 D. 33, 4. L. 7. 8 D. 34, 2. L. 9. 10. 19. 25 D. 34, 3. L. 3. 6 §. 1 D. 34, 4. L. 25 D. 34, 5. L. 82 D. 35, 1. L. 1 pr. 64. 87 pr. §. 1. 88 §. 2 D. 35, 2. Vgl. *Bruns' fontes Ed. II. pag. 152*).*

⁵²⁾ „...“ (*praeses provinciae*) „*ob incertae actionis*“ *effectum concludat condemnationem taxatae quantitatis*“. Beachtenswerth ist, dass das *Rubrum Cod. cit.* lautet: *de inutilibus stipulationibus*.

wesen sei. Die Stelle spricht jedoch m. E. nicht von einer *taxatio* in dem technischen Sinne des Gajus (IV. 51). Sie ist verfasst zu einer Zeit, wo ⁵³⁾ vermuthlich der *praeses provinciae* nicht erst eine *condemnatio* als *pars formulae* (auf einer solchen basirt Gaj. IV. 51) zu konzipiren, sondern unmittelbar und in eigener Person zu kondemniren hatte. Die Worte der L. 3 i. f. Cod. cit.: *concludat condemnationem taxatae quantitatis*“ bedeuten daher wohl nichts weiter als: „*condemnet certum tantum*“, scil. „*quantum constiterit interesse tua, juxta placiti fidem dotis portionem Juliano restitutam fuisse*“. —

b) Huschke de taxation. p. 267—271 sagt, bei *incerti conditiones* sei eine *taxatio* erforderlich gewesen, weil sonst dem Richter der *modus* gefehlt haben würde, „*ad quem aestimationem suam instituat*“ (pag. 268 i. f.), und weil sonst die Gefahr nahe gelegen haben würde, dass der Richter „*aut pluris aut minoris, quam quanti ea res sit, quae in iudicium venerit*“ kondemnirte. — Hatte denn der Richter nicht über das „*quanti ea res sit, quae in jud. venerit*“ Beweis vom Kläger zu verlangen? ⁵⁴⁾ Und war eine solche Beweisaufnahme *aestimandae rei causa* vielleicht *in jure* leichter als *in iudicio*? ⁵⁵⁾ Die *argumenta liquida* (L. 2 i. f. Cod. 5. 53) finden sich doch wohl *in jure* nicht eher als *in iudicio*? Oder wenn doch, — warum besaßen dann nicht alle Klagen, also auch die arbi-

⁵³⁾ Diocletiano et Maximiano imperatoribus. Vgl. über die L. 4 Cod. 4, 49 oben S. 29.

⁵⁴⁾ Schwierig mochte unter Umständen der Beweis sein. L. 11 D. de praetor. stip. 46, 5. Aber war er *in jure* leichter? Huschke antwortet: Die *taxatio in jure* war deshalb leichter, weil der Kläger sie *in jure* eidlich zu erhärten hatte. — Abgesehen davon, dass dies eine nicht auf Beweise gestützte Vermuthung ist, würde doch der klägerische Eid *in jure* ein so klägliches Beweismittel sein, dass er die richterliche *Aestimation in iudicio* nicht wohl würde beeinflussen können. — Vgl. Huschke, Gajus S. 138.

⁵⁵⁾ Wenn die Beweisaufnahme *in jure* leicht erfolgen konnte, wozu dann ein *iudicium*? Und wenn ein *iudicium* nöthig war, in welchem es ankam auf ein *stricto jure* *dijudicare et aestimare* seitens des *judex*, wozu dann eine *taxatio*? —

trären ⁵⁶⁾, eine *condemnatio cum taxatione*? Treffen nicht die von Huschke angeführten Gründe für alle Klagen in gleicher Weise zu? — Ferner war nach Untergang der Sache bei *stricti juris actiones* ein *jusjurandum in litem* erforderlich, „quia *judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem quae non exstat*“. L. 5 §. 4 L. 6. 9 D. 12, 3. Würde nicht, falls schon eine prätorische *taxatio* vorläge, das *jusjurandum in litem* überflüssig sein? Würde nicht in diesem Falle der Richter auch ohne *jusjur. in litem*, allein auf Grund der in die Formel aufgenommenen *taxatio*, die Sache ästimiren können? Würde es überhaupt nicht absurd sein, vom Kläger eine doppelte Aestimation in demselben Prozess — nämlich die eine in jure behufs der prätorischen *taxatio*, die andere in judicio vermittelt des *jusjurandum in litem* — zu verlangen? Sämmtliche Fragen sind m. E. zu bejahen.

c) Huschke l. c. pag. 270 squ. glaubt ausserdem für seine Ansicht, dass die *conditiones incerti cum taxatione* gewesen seien, noch die L. 39 D. *de oper. libert.* 38, 1 anführen zu dürfen. Ich kann auch hier dem ausgezeichneten Gelehrten nicht beistimmen. Die angef. Stelle (Paulus) behandelt die *actio ex operarum stipulatione*, und zwar speziell die Frage, was Rechtens sei, wenn Jemand so stipulirt habe: „si 10 dierum operas non dederis, 20 nummos dare spondes?“ Sie entscheidet den Fall dahin, dass hier nur die *operae* („*operae duntaxat*“ ⁵⁷⁾ *promissae*“), nicht aber die 20 nummi („*quasi onerandae libertatis gratia promissi*“) eingeklagt werden könnten, und dass die *operae* in vollem Betrage, nicht etwa mit

⁵⁶⁾ Dass auch hier event. der *judex* die Sache zu ästimiren hatte, folgt aus L. 2 c. f. Cod. 5, 53. L. 4 §. 4 L. 5 §. 3 i. f. D. 12, 3. (Cfr. L. 5 §. 2 D. eod.). L. 68. 71 D. 6, 1. L. 15 §. 9 D. 43, 24. Von *arbitrariae* (nämlich den in rem und ad exhibendum) actt. sagt Gaj. IV. 51 ausdrücklich, ihre *condemnatio* sei eine *infinita*.

⁵⁷⁾ Das „*duntaxat*“ ist hier, ebenso wie bei Ulp. Fragm. XI. 1 („*impuberibus duntaxat*“) und an vielen anderen Stellen, zu übersetzen durch „nur“ (also: „*operae solae promissae*“) oder auch durch „höchstens“, nur muss man nicht mit Huschke glauben, es sei in die *condemnatio* der Formel nach Art von Gaj. IV. 51 aufgenommen worden.

Beschränkung auf die „*taxatio viginti*“ (nummorum) einzuklagen seien, — „quia non debet ex parte obligationem comprobare, ex parte tanquam de iniqua queri“. Die „*taxatio viginti*“ (welche Paulus als ein „*iniquum*“ und für die Klage nicht in Betracht kommendes Element bezeichnet) hat mit der *taxatio* bei Gaj. IV. 51 (welche der Prätor in jure auf Grund der einseitigen klägerischen Aestimation zu bestimmen pflegte; arg. Gaj. III. 224. Collat. II. 6 §. 1 Cic. pro Tullio) nichts gemein, sondern sie bedeutet einfach eine aussergerichtliche, durch Uebereinkommen beider Kontrahenten bewirkte Abschätzung und Feststellung⁵⁸⁾ der event. statt der operae zu entrichtenden Geldsumme. — Die in L. 39 pr. §. 1 D. cit. 38, 1 erörterte Klage ging nicht auf höchstens („*dumtaxat*“; vgl. Anm. 57) die versprochenen operae, sondern sie ging geradezu auf die versprochenen operae; sie hatte m. a. W. keine *condemnatio cum taxatione*, sondern eine reine *condemnatio infinita*. Daher war ihre Formel m. E. ungefähr folgende:

„Quod ille“ (vgl. Gaj. IV. 46) „patronus ab illo liberto, quum is manumitteretur, decem dierum operas stipulatus est, qua de re agitur, quidquid paret ob e. r. illum libertum illi patrono d. f. o., id“ (vgl. S. 19) „judex illum lib. illi patr. e. s. n. p. a.“⁵⁹⁾,

während die von Huschke l. c. konstruirte formula *cum taxatione*:

„J. E. Si libertus patrono suo cum manumitteretur decem dierum operas promisset⁶⁰⁾, quantae pecuniae tum condemnari oporteret, tantae pecuniae⁶¹⁾ *dumtaxat centum*

58) Vgl. oben S. 2 und S. 3.

59) Weggelassen ist die *taxatio*, welche Huschke hinzufügt, sowie die vielleicht in der Formel erforderliche prätorische Fiktion, welche mir nicht unbedingt nothwendig zu sein scheint.

60) Aus der L. 39 Dig. cit. geht jedoch mit Sicherheit nicht hervor, dass die dort erörterte actio eine *ficticia* sei (das „*fingi debeant*“ kann auch anders aufgefasst werden).

61) Statt „*tantae pecuniae dumtaxat centum nummos*“ würde Huschke mit Gaj. IV. 51 einfacher „*dumt. cent. nummos*“) gesagt haben.

nummos ⁶²⁾ *judex libertum patrono* ⁶³⁾ *condemna, si non paret absolve*“,
 mir nicht approbabel, wenigstens vielen Einwendungen ausgesetzt zu sein scheint.

IV. Die reipersekutorischen in factum actiones.

Auch diese scheinen eine *condemnatio infinita* erhalten zu haben, ebenso wie alle anderen reipersekutorischen Klagen. Ueberall wo die Klage auf eine *res* gerichtet war, war ihr Objekt bestimmt genug (z. B. auch der Ususfrukt, die *operae*, das *curare*, *ut fiat* u. dgl.), so dass die prätorische *taxatio* vom *judex* entbehrt werden konnte. Nur in den Fällen, wo die Klage nicht auf eine (*certa* oder *incerta*) *res*, sondern statt dessen auf eine *poena* ging, war ihr Objekt so vollständig unbestimmt, dass eine *taxatio* für die richterliche Aestimation wünschenswerth und erforderlich war. Denn die *poena* ist etwas an sich (falls sie nicht vielleicht *lege* oder *edicto* schon präfinirt und präzisirt ist, so dass sie nicht mehr vom *judex* auf das Gerathewohl ⁶⁴⁾ abgeschätzt zu werden braucht) *κατ' ἐξοχήν* Unbestimmtes. Unten wird dies (sowie vor allem der Umstand, dass die Grösse der *poena* bei einigen Klagen abhing von der einseitigen klägerischen Schätzung, welche nur gemildert wurde durch das prätorische Taxationsrecht, und dass nur bei derartigen Klagen überhaupt eine *condemnatio cum taxatione* stattgefunden haben kann) weiter

⁶²⁾ Diese der Formel eingefügte *taxatio* ist m. E. nicht motivirt.

⁶³⁾ Das „*judex libertum patrono*“ gehört eigentlich vor „*dunt. cent. nummos*“; also: „*judex lib. patr., dunt. 100 numm., c. s. n. p. a.*“ Vgl. z. E. Gaj. IV. 43. 46. 50. 51.

⁶⁴⁾ Daher finden wir z. B. keine *taxatio* bei der *actio furti*. Hier war die Pön nichts eigentlich Unbestimmtes mehr, hier war sie durch Gesetz als das *duplum* oder *quadruplum rei furto absentis* fest präzisirt, hier brauchte daher der Richter nur die gestohlene Sache, also etwas in *rerum natura* Vorhandenes, abzuschätzen und mit 4 zu multiplizieren. Ganz anders war es z. E. bei der *actio injuriarum* (*aestimatoria*). Hier hatte der *judex* wirklich in's Blaue hinein zu ästimiren, wenn ihm nicht der Prätor durch eine *taxatio* zu Hülfe kam.

ausgeführt werden. — Zu den reipersekutorischen actiones in factum gehören im Einzelnen die nachstehend sub 1—12 genannten Klagen.

1. Die actio constitutoria oder *de constituta pecunia*. L. 18 §. 2 D. 13, 5. Vgl. §. 8. 9 Inst. 4, 6. Gaj. IV. 171. Paul. Sent. II. 2. Ging sie auf *certa pecunia*, so war ihre condemnatio eine *certae pecuniae*, wie wir oben S. 20 gesehen haben. Ging sie auf andere Sachen (vgl. L. 14 §. 1. 2 D. 13, 5), so war ihre cond. eine *incertae pecuniae infinita*. In diesem Falle gilt für sie manches von dem schon über die *stricti juris* actiones Gesagten; den letzteren Klagen scheint sie möglichst ähnlich gewesen zu sein (z. E. bei Gaj. IV. 171 wird sie fast uno hiatu mit der actio „de pecunia certa *credita*“ genannt).

2. Ähnlich war die alte (von Justinian aufgehobene) *receptitia* actio gegen den argentarius. Vgl. §. 8 Inst. 4, 6 und L. 2 Cod. 4, 18.

3. Dasselbe gilt von der actio *de eo quod certo loco* (*arbitraria*!), welche in den Digesten (Tit. 13, 4) unmittelbar hinter den Konditionen und unmittelbar vor der actio de pecunia constituta behandelt wird.

4. Dieser Klage war in manchen Punkten ähnlich die *actio iudicii mutandi causa*, welche „rei persecutionem arbitrio iudicis continet“. L. 4 §. ult. (vgl. L. 1 pr.) D. 4, 7. L. 24 §. 1 D. 10, 3.

5. Ferner gehören hierher die actio *doli*, actio *Pauliana* (§. 6 Inst. 4, 6. L. 38 §. 4 D. 22, 1. Tit. Dig. 42, 8. Cod. 7, 75), actio *Faviana*⁶⁵⁾ und *Calvisiana*.

6. Auch die actio *funeraria*, ex bono et aequo orta (L. 14 §. 6 D. 11, 7. Cfr. L. 12 §. 2 D. eod.), hatte, ebenso wie z. B. die (bonae fidei) negotiorum gestorum actio, mit welcher sie manche Ähnlichkeit besass (L. 14 §. 11. 16 D. 11, 7. Vgl. L. 12 §. 2 D. eod.), eine condemnatio *infinita*. In dieser

⁶⁵⁾ Tit. Dig. 38, 5. — Bei dieser Klage fand event. auch das der prätorischen *taxatio* sehr feindlich gesinnte *jusjurandum in litem* statt. L. 5 §. 1 D. 38, 5.

Klage durfte der Richter „solutius aequitatem sequi“ (quam in negotiorum gestorum actione). L. 14 §. 13 D. eod. 11, 7. Es gilt daher für sie Manches von dem oben für die bonae fidei actiones Gesagten.

7. Die beiden ädilicischen Klagen (actio redhibitoria und quanti minoris) folgen ebenfalls der allgemeinen Natur der reipersekutorischen in factum actiones.

8. Die sogen. actiones *adjecticiae qualitatis* (actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, tributoria, exercitoria, institoria; Titt. Dig. 14, 1. 3. 4. 15, 1—4.) bedurften keiner *certa taxatio*; bei ihnen fanden jedoch einige der oben S. 11 ff. erörterten *incertae taxationes* Anwendung.

9. Die *Publiciana actio* hatte als dingliche Klage arg. Gaj. IV. 51 natürlich eine *condemnatio infinita*.

10. Gleiches gilt von der älteren *Serviana* und von der jüngeren *quasi Serviana actio*, sowie von der

11. *Rutiliana* und von derjenigen *Serviana actio*, welche von Gaj. IV. 35 erörtert wird.

12. Die Klagen aus den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten, besonders die arbiträren (Gaj. IV. 141. 161—164), besaßen ebenfalls eine *condemnatio infinita*, während bei dem Verfahren mit *sponsio* und *restipulatio* (Gaj. IV. 165. 164 i. f. 141), sowie immer bei prohibitorischen Interdikten (Gaj. IV. 141; cfr. 160. 166—169) m. E. eine *condemnatio certae pecuniae* stattfand (wobei nur das interd. secutorium eine Ausnahme machte).

Den im Allgemeinen für die reipersekutorischen actiones in factum aufgestellten Grundsätzen folgen auch die formulae in factum conceptae einiger bonae fidei actiones. Vgl. Gaj. IV. 47 und A. Ubbelohde, zur Geschichte der benannten Realkontrakte etc. S. 13 ff.

V. Die zivilen Pönalklagen

(actio furti, legis Aquiliae u. s. w.) hatten, ebenso wie sämtliche reipersekutorische Klagen (actiones arbitrariae, bonae fidei, stricti juris, in factum), eine *condemnatio (incertae pecuniae) infinita*. Es empfiehlt sich jedoch nicht, diese Be-

hauptung hier schon näher zu begründen und so die Darstellung der zivilen und prätorischen Pönalklagen in unbequemer Weise von einander zu trennen. Von den zivilen Strafklagen wird daher unten §. 10 die Rede sein, nachdem vorher gezeigt worden ist, dass die prätorischen Pönalklagen eine *condemnatio cum taxatione* besaßen.

II. Im Besonderen.

1. §. 5. Das Wesen der *condemnatio cum taxatione*.

In gewissen Fällen pflegte der Prätor der *formulae condemnatio* eine Maximalgrenze hinzuzufügen, über welche die Kondemnation des *judex* nicht hinausgehen durfte. Die so beschränkte *condemnatio* nennt Gajus (IV. 51) eine *condemnatio* („*quae vulgo dicitur*“ —) „*cum taxatione*“⁶⁶). Sie lautete (Gaj. l. c.) folgendermassen: „*JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA . SI NON PARET ABSOLVE.*“ Das „*dumtaxat*“ (vgl. oben S. 5 ff.) deutet in der Formel die *taxatio* („X milia“) an. Man kann die *taxatio* auf Grund von Gaj. IV. 51 so definiren: Die *taxatio* ist eine der *condemnatio incertae pecuniae* vom Prätor hinzugefügte, durch das Adverb „*dumtaxat*“ angedeutete, bestimmte Maximalgrenze für die richterliche Aestimation. Während bei einer *condemnatio incertae pecuniae infinita* der Richter nach freiem eigenen Ermessen und in unbeschränkter Weise das Streitobjekt abzuschätzen hatte, war bei der *condemnatio incertae pec. cum taxatione* das richterliche Aestimationsrecht beschränkt durch das „*dumtaxat HS. . .*“ (z. B. „*decem milia*“). Allein durch dies „*dumtaxat*“ unterscheidet sich bei Gaj. IV. 51 die *condemnatio cum taxatione*

⁶⁶) Gajus hat hier unzweifelhaft eine *taxatio certa* („*dumtaxat X milia*“) im Auge. Vgl. über die *incertae taxationes* oben S. 11 ff. Im Allg. vgl. noch zu der zitierten Formel *Studemund*, Gaji Inst. comm. IV. cod. Veron. denuo coll. apographum, Lipsiae apud Salom. Hirzel, 1874, pag. 205, sowie die Gajus-Ausgabe von Studemund-Krüger und die neueste von Huschke 1878).

von der von Gaj. IV. 50 angeführten *condemnatio certae pecuniae*. Sie steht daher ihrem Wortlaut nach der *condemnatio certae pecuniae* viel näher als der ganz abweichend konstruirten (Gaj. IV. 51 i. f.) *condemnatio incertae pec. infinita*, während sie sachlich doch von jener viel mehr abweicht als von dieser (wie Gaj. IV. 49--51 gut entwickelt). Sie stimmt mit der *condemnatio certae pecuniae* überein in der Nennung einer bestimmten Geldsumme („*X milia*“; daher würde es auf den ersten Blick vielleicht bei Niemandem Anstoss erregen, wenn Gajus die *cond. cum tax.* statt zu den *condemnationes incertae pecuniae* einfach zu den *cond. certae pec.* gezählt hätte), welche jedoch bei letzterer den Richter völlig bindet, während sie bei jener nur die Bedeutung einer Maximalgrenze hat.

Die *condemnatio cum taxatione* (gut beschrieben von Gaj. IV. 51. 52) ist nun zu definiren als: derjenige Theil der Formel, welcher dem Richter die Vollmacht (*condemnandi absolvendive potestas*) ertheilt, auf eine nach seinem Ermessen (vgl. Huschke's Konjektur zu Gaj. IV. 52: „... *quantum velit*, *judex condemnare potest*. §. 52 a . . . *aestimationem enim facere potest, quam velit*“) zu bestimmende Geldsumme zu kondemniren, welche jedoch nicht grösser sein darf, als die vom Prätor statuirte Taxationssumme („*ne pluris condemnet quam taxatum sit*“. Gaj. IV. 52. Z. E. „*HS. X milia*“). Der Richter, welcher die Taxationssumme durch die Kondemnation überschritt, haftete den Parteien, soweit sie durch seine „*imprudencia*“ (Pr. Inst. 4, 5; vgl. L. 132 D. 50, 17: „*Imperitia culpa adnumeratur*“) Schaden erlitten hatten, quasi ex delicto (Gaj. l. c.: „*litem suam facit*“,) auf Schadensersatz und Strafe. Ursprünglich bezog sich seine Haftung auf das Streitobjekt selbst (daher der Ausdruck „*litem suam facere*“); späterhin pflegte er durch die *in factum actio contra judicem qui litem suam fecit* zu einer *poena arbitraria* angehalten zu werden⁶⁷⁾.

⁶⁷⁾ Pr. Inst. 4, 5: „... et in quantum de ea re *aequum* religioni judicantis videbitur, *poenam* sustinebit“. L. 5 §. 4 D. 44, 7. L. ult. D. 50, 13. L. 15 §. 1 D. 5, 1. L. 2 Cod. 7, 49, sowie Auth.

Welches war nun der Rechtsgrund der eben über das *litem suam facere* aufgestellten Regeln? Und nach welchen Rechtsgrundsätzen entschied sich die Grösse der *taxatio*? Wurde diese durch den Prätor nach eigenem Belieben bestimmt? Und traf den die *taxatio* überschreitenden Richter deshalb der Rechtsnachtheil des *litem suam fecisse*, weil er die Vorschriften des Prätors übertreten hatte? Gewiss nicht. Bei der Abmessung und Feststellung der Taxationssumme in *jure* wurde in erster Linie der Kläger (weniger wohl der Beklagte) vom Prätor gehört. Cic. pro Tull. II. 7: „*Judicium vestrum est, recuperatores, quantae pecuniae paret . . . damnum datum esse . . . Ejus rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; judicium datum est in quadruplum.*“ Collat. Mos. et Rom. Leg. II. 2 §. 1 und 6 §. 1. Gaj. III. 224. Vgl. §. 7 Inst. 4, 4. L. 15 §. 28 D. 47, 10. Der Kläger musste vorläufig in *jure* schon die *res in litem deducta* taxiren, d. h. angeben, wie viel sie ihm in Geld werth sei („*quantum sua interfuerit*“). Diese vorläufig vom Kläger aufgestellte und vom Prätor der Formel eingefügte *taxatio* bildete die Maximalgrenze für die in *judicio* stattfindende richterliche *aestimatio* (Cic. l. c.: „*Judicium vestrum est . . . aestimatio vestra est*“) des Streitobjekts. Ueberschritt der *judex* in der Kondemnation jene Maximalgrenze, so versties er gegen das „*ne eat judex ultra petita partium*“, gegen die Verhandlungsmaxime; und deshalb gerade (weil er imprudenter und eigenmächtig das klägerische *petitum* überschritten hatte) trafen ihn die Rechtsnachtheile des *litem suam facere*. — Ein solches Taxationsrecht findet sich besonders (vgl. unten §. 7 ff.) in Pönalklagen und nur von diesen sprechen daher die eben zitierten Stellen. Es war jedoch (vermuthlich in zwiefacher Beziehung)

„*Novo jure*“ das. und Nov. 124. — Vgl. ausserdem L. 6 D. 50, 8. L. 2. 7 Cod. 7, 64. L. 1 §. 1 L. 3 §. 4 D. 11, 6. R. A. v. Regensburg 1532 Art. I. §. 17. Reichskammergerichtsordnung v. 1555 Thl. I. Tit. 53 §§. 5. 6. 10. — Die Frage, ob zu der *actio contra jud. qui lit. suam fecit* nur *dolus* oder auch schon (*lata*) *culpa* des *judex* genüge, ist hier ohne Interesse, da der die *taxatio* überschreitende Richter wohl nicht gut anders als *dolos* gehandelt haben konnte.

dafür gesorgt, dass dies einseitig dem Kläger zustehende Recht der Aufstellung einer *taxatio* dem Beklagten nicht zu sehr schaden⁶⁸⁾ konnte. Denn 1) vermuthlich hatte schon *in jure* der Prätor gegenüber der klägerischen *taxatio* ein Moderationsrecht, und 2) jedenfalls durfte *in judicio* der Richter die *taxatio* dadurch beliebig moderiren, dass er auf einen geringeren Betrag kondemnirte (Gaj. IV. 52). —

Gajus (IV. 51. 52) erörtert zwar nur die *certa taxatio* („dumtaxat X milia“) und stellt mit Rücksicht auf sie allein die eben dargestellten Regeln auf. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass dieselben Regeln auch für die oben S. 11—14 geschilderten *incertae taxationes* galten, welche in ähnlicher Weise wie die *certainae taxationes* („dumtaxat tot milia“) in die Kondemnation eingefügt zu sein scheinen. Z. E. die *condemnatio cum peculii taxatione* (vgl. L. 24 §. 2 D. 19, 1) lautete vermuthlich so: („Quanti ea res erit) judex NNum AAo, *dumtaxat quantum* (ex ea re) *in peculio est dolo malo Titii factum est, quo minus in peculio sit*“ (vgl. L. 1 pr. D. 15, 2; vielleicht lautete die *taxatio* einfacher: „*dumtaxat de peculio*“), c. s. n. p. a.“, die *condemnatio cum taxatione in rem versi* (oder *de in rem verso*) vielleicht folgendermassen: „Q. e. r. e., judex L. Titium (cujus in potestate Num. Negidius sit) AAo, *dumtaxat quantum* (ex ea re) *in L. Titii rem versum est* (et si quid dolo malo L. Titii Aus Aus captus fraudatusque est in ea re de qua agitur; vergl. L. 36 c. f. D. 15, 1), c. s. n. p. a.“ u. s. w. — Natürlich war hier dem judex das *litem suam facere* durch Ueberschreitung der *taxatio* nicht so leicht möglich, da die *taxatio* selbst ihrer Grösse nach völlig unbestimmt war und erst durch die Schätzung des Richters zu einer *certa* gemacht werden musste. Aber wenn der judex in seiner Schätzung erweislich die (z. B. *peculii*) *taxatio* überschritten hatte, so haftete er m. E. auch in diesem Falle (falls seinerseits das erforderliche Schuldmoment vorlag) der *actio contra judicem, qui litem suam fecit*.

⁶⁸⁾ Ueber die Stellung des Beklagten im römischen Prozess vgl. im Allgem. L. 128 pr. D. 50, 17. L. 2. 5. 9. 14. 19. 21—23 D. 22, 3.

2. §. 6. Entstehung und Untergang der *condemnatio cum taxatione*.

I. Entstehung. — Vor der *lex Aebutia*, m. a. W. vor der Einführung der *formulae conceptio*, konnte von einer *condemnatio cum taxatione* keine Rede sein. Denn vor jenem Gesetze gab es überhaupt keine eigentliche *condemnatio* (weder als *pars formulae* noch als richterlichen Akt), wenigstens keine *cond. pecuniaria* (vgl. Gaj. IV. 48)⁶⁹). Nachdem der richterliche Ausspruch „*utrius sacramentum justum esset*“ (und ähnlich) abgegeben war, war der Prozess beendet, ohne dass noch eine Geldkondemnation erforderlich gewesen wäre. Ohne weiteres Zuthun des Richters zwangen meistens schon die Umstände selbst (die *auctoritas consuetudinis, legis, moris*) die unterliegende Partei, dem Sieger gerecht zu werden. Die *condemnatio pecuniaria* (Gaj. IV. 48) trat in's Leben mit dem Beginn des Formularprozesses (Gaj. IV. 30), also mit der *lex Aebutia*. Späteren Ursprungs scheint jedoch die *condemnatio cum taxatione* zu sein, welche vermuthlich erst während des Formularprozesses allmählich sich entwickelte und der allmählich anwachsenden prätorischen Jurisdiktion ihr Da-

⁶⁹) Einige Gelehrte (*M. S. Mayer*, ad Gaji Inst. comm. IV. §^{um} 48 *commentatio* 1853; Stintzing, über das Verhältniss der *legis actio sacr.* zu dem Verf. durch *sponsio praejudicialis*; vgl. gegen sie Römer in der krit. Ueberschau Bd. 2 Heft 3 Nr. 13) sind hier entgegengesetzter Ansicht und konstruiren Gaj. IV. 48 so: „sed ut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat.“ Hierdurch wäre das Vorhandensein der *condemnatio pecuniaria* zur Zeit der Legisaktionen erwiesen. Allein in diesem Falle würde der §. 48 des vierten Buches von Gaji Institutiones (er beginnt: „*omnium autem formularum . . . ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*“) an verkehrter Stelle stehen und Gajus hätte besser gethan, die *condemnatio pecuniaria* schon bei den Legisaktionen (Gaj. IV. 11–29) abzuhandeln. Diesen Vorwurf einer inkorrekten Disposition erspart man Gajus, wenn man die folgende Lesart (Huschke) vorzieht: „non ipsam rem . . . sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.“ — Vgl. nach Cic. pro Caec. 33; p. domo 29, 78; pro Milone 27, 74. Arnob. adv. gentes IV. 16 i. f. (ed. Orelli). Das Hauptargument dafür, dass bei Legisaktionen die *condemnatio pecuniaria* fehlte, ist leider mit dem auf pag. 194 folgenden unleserlichen Blatt in Gajus' Institutionen zu Grunde gegangen.

sein verdankt. Der historische Entwicklungsgang des Zeitraums von der lex Aebutia bis auf Gajus war m. E. folgender: In der ersten Periode nach der lex Aebutia gab es nur *actiones civiles*. Da bei den Zivilklagen sich keine *condemnatio cum taxatione* nachweisen lässt, so kann in dieser Periode eine solche Kondemnation noch nicht bekannt gewesen sein. In einer ferneren (späteren) Periode, nachdem mit den veränderten Lebens- und Verkehrsverhältnissen neue Lebens- und Rechtsbedürfnisse aufgetaucht waren, schuf der Prätor allmählich eine (nicht geringe) Anzahl neuer Klagen, sogen. *in factum actiones* (theils reipersekutorisch, theils pönal), kraft der ihm zustehenden *jurisdictio*. Vgl. §§. 3–12 Inst. 4, 6. Da wir nun für die Anwendung der *condemnatio cum taxatione* bei *poenales in factum actiones*, wenigstens bei der *actio injuriarum* und *vi bonorum raptorum*, bestimmte Quellenzeugnisse (Gaj. III. 224. Cic. pro Tullio) haben, so ist anzunehmen, dass die *condemnatio cum taxatione* erst in dieser Periode (also längere Zeit nach der lex Aebutia), und zwar zugleich mit der *vi bonorum raptorum* oder mit der *injuriarum actio*, zur Entstehung gelangt ist. Die *actio vi bon. rapt.* ist, wie uns Cicero in seiner (leider nur fragmentarisch vorhandenen) Rede pro Tullio mittheilt, eingeführt von einem (Prätor) *M. Lucullus*. Wenn dies derselbe war, welcher 73–67 v. Chr. gegen Mithridates zu Felde lag und sich im Uebrigen durch Reichthum und üppige Lebensweise hervorthat, so darf man die Entstehung der *actio vi bonorum raptorum* in das Ende des 7. Jahrhunderts nach Rom's Erbauung verlegen (Keller, *semestria* in M. Tull. Cic. III. pag. 573, hält das Jahr **678 a. u.** für das richtige). — Den Ursprung der *actio injuriarum aestimatoria* leitet Gellius (unter den Antoninen) N. A. XX. 1 auf das freche Benehmen eines gewissen *L. Veratius* zurück. Wann sich jene *improbitas* L. Veratii ereignet haben soll, ist nicht festzustellen. — Ca. 706 a. u. entstand die lex *Rubria* mit ihren eigenthümlichen prozessualischen Bestimmungen (vgl. unten §. 11). Die übrigen prätorischen Strafklagen scheinen allmählich nach der *injuriarum* und *vi bon. rapt. actio* und nach dem Vorbilde dieser beiden Klagen vom Prätor eingeführt zu sein.

II. Der *Untergang* der *condemnatio cum taxatione* ist der Zeit nach leichter zu konstatiren. Er fällt zusammen mit dem allmählichen Untergange der *formularum conceptio* ⁷⁰⁾. Mit der Formel selbst fiel auch die technische *condemnatio*, mit der *condemnatio* die ihr eingefügte *taxatio* weg. Zudem fing man im Prinzipat an, die meisten Deliktsklagen kriminell und als *publicae actiones* zu behandeln; und dass in Kriminalklagen eine klägerische *taxatio* unzulässig war, unterliegt wohl keinem Zweifel ⁷¹⁾. Daher geschieht im Justinianischen *Corpus Juris* der *condemnatio cum taxatione* im eigentlich Gajanischen Sinne nur an wenigen Stellen (z. B. L. 18 pr. D. 4, 3: „*certa quantitas non adjicitur*“; vermuthlich haben hier die Kompilatoren die ursprünglichen Worte nach Massgabe des neueren Rechts zu ändern vergessen) noch Erwähnung. — Auf der seit Diokletian eingetretenen Beseitigung des Formularprozesses beruht noch die folgende sehr erwähnenswerthe Grundverschiedenheit in der Anschauungs- und Darstellungsweise des Gajus einerseits und Justinian's andererseits, betreffend das Klagensystem. Gajus betrachtet die *actio* rein als *formula* ⁷²⁾, behandelt unter dem Namen „*formulae*“ das ganze Aktionensystem (Gaj. IV. 30 squ.) und theilt die Aktionen

⁷⁰⁾ L. 2 Cod. de ped. jud. 3, 3 (Diocl. et Max. a. 294—305). L. 1 Cod. de form. etc. subl. 2, 58 (Konstantius und Konstans a. 342). „*Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum radicibus amputentur*“. Theodos 428 n. Chr. verlangt nur noch „*aptam rei et proposito negotio competentem actionem*“. L. 2 Cod. eod. 2, 58. L. un. Cod. Theod. 2, 3. So auch Justinian. —

⁷¹⁾ Z. B. bei der *actio injuriarum* gab die Zivilklage dem Kläger auch später noch ein gewisses Taxationsrecht (wenn auch von einer *taxatio* im eigentlichen Sinne des Gajus nach Aufhebung der *formulae* nicht mehr die Rede sein konnte), während bei der Kriminalklage die Strafe lediglich *officio judicis* bestimmt wurde. §. 10 Inst. de injur. 4, 4: „*... si quidem civiliter agatur, aestimatione facta secundum quod dictum est*“ (vgl. §. 7 Inst. eod.: „*praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare*“), „*poena imponitur; sin autem criminaliter, officio judicis extraord. poena reo irrogatur*“.

⁷²⁾ Gaj. IV. 2: „*In personam actio est, cum . . . intendimus*“ rel. Gaj. IV. 3: „*In rem a. est, cum . . . intendimus*“ rel. Gaj. IV. 4.

ein mit blosser Berücksichtigung der verschiedenartigen Konzeption der Formeln, ohne auf das materielle Recht Rücksicht zu nehmen. Justinian dagegen definirt die *actio* als das „*jus persecuendi judicio, quod sibi debetur*“ (pr. Inst. 4, 6) und gründet die Erörterung und Eintheilung der Aktionen rein auf das materielle Recht. Der Formelstandpunkt (des Gajus) ist für ihn ein überwundener. Daher ist die Beziehung zwischen Gaj. lib. IV. und Tit. Inst. 4, 6 eine auffallend lose. Das bei Gaj. IV. 11—52 Angeführte wird von Justinian, da es für ihn nur historischen Werth hat, gar nicht berücksichtigt. Trotzdem darf man vielleicht Gaj. IV. 49—52 mit der von Justinian in den §§. 3—12 und 16—19 Inst. de act. 4, 6 aufgestellten doppelten Unterscheidung der *actiones civiles* und *in factum*, *reipersecutoriae* und *poenales*, kombiniren (ohne dass Justinian selbst diese Kombination gewollt hätte): Denn gerade die *actiones in factum poenales* scheinen (vor Justinian) eine *condemnatio cum taxatione*, dagegen sämtliche *civiles* und sämtliche *reipersecutoriae actiones* eine *condemnatio aut certae pecuniae aut inc. pec. infinita* gehabt zu haben⁷³⁾.

3. Uebersicht der Klagen, bei welchen im Formularprozess die *condemnatio cum taxatione* zur Anwendung gelangte.

a. §. 7. Die *injuriarum actio*.

Die Strafbestimmung der Zwölftafeln (XXV asses) für eine einfache Beleidigung stellte sich nach der gründlichen Veränderung des römischen Münzwesens und der Steigerung des Reichthums am Ende des siebenten Jahrhunderts ab urbe als unzureichend heraus. Der Prätor entschloss sich daher, mit

⁷³⁾ Die sehr irrthümliche Vermuthung, die Eintheilung der *actiones* in *bonae fidei*, *stricti juris* und *arbitrariae* in den §§. 28—31 Inst. 4, 6 beziehe sich auf Gaj. IV. 48—52, wird aufgestellt von Dupont (*disquisitiones in comm. IV. Inst. Gaji rec. rep.*, Lugd. Batav. 1822, p. 98) und hängt zusammen mit der irrthümlichen Meinung Dupont's, die *bonae fidei actiones* hätte eine *condemnatio cum taxatione* gehabt.

den Bestimmungen der Zwölftafeln⁷⁴⁾ ganz zu brechen und eine injuriarum actio⁷⁵⁾ aestimatoria⁷⁶⁾ poenalis (Gaj. IV. 8) durch Edikt einzuführen. Die Formel dieser prätorischen Klage schloss sich zum Theil (mit ihrer demonstratio und intentio) ziemlich genau an die alte wegen Beleidigung gegebene legis actio an und lautete ungefähr folgendermassen (vgl. Rudorff, Ed perp. quae rel. sunt §. 192): „Quod AAo a NNo pugno mala percussa est, q. d. r. a.“ (*demonstratio*)⁷⁷⁾ „si paret NNm ea re AAo injuriam fecisse“ (*intentio*)⁷⁸⁾, „judex, quantum tibi de ea re bonum et aequum esse videbitur, NNm AAo, dumtaxat tot“ (e. gr. X), „milia, c. s. n. p. a.“ (*condemnatio*). Die beiden auffallenden Eigenthümlichkeiten dieser *condemnatio* („quantum videbitur“ und „dumtaxat“ rel.) beruhen auf zwei besonderen Eigenschaften der injuriarum actio.

II. Die injuriarum actio (aestimatoria) war eine *actio ex bono et aequo orta*⁷⁹⁾ und *in bonum et aequum concepta*⁸⁰⁾.

74) Zwölftaf. VIII. 2–4 (nach Bruns fontes): „... talio esto ... CCC CL poenam subito . . . viginti quinque poenae sunt“. Collat. II. 5 §. 5. Gaj. III. 223. Vgl. Festus v. Viginti quinque.

75) Gaj. III. 220–225. 182. I. 141. IV. 8. 60. 75. 76. 112. 177. 182. Paul. Sent. V. 4. Collat. II. Auct. ad Herenn. 2, 3 §. 19. Tit. Inst. 4, 4. Dig. 47, 10. Tit. Cod. 9, 35. Sie ist *vindictam spirans*: L. 2 §. 4 D. 37, 6. L. 7 §. 1 L. 13 pr. D. 47, 10.

76) Vgl. L. 21. 37 §. 1 D. p. t. 47, 10. Festus v. Aestimata poena.

77) Oder z. E.: „Quod NNus sibilum immisit AAo infamandi causa“. Collat. II. 6 §. 4. 5. Seneca de benef. II. 35. Vgl. Gaj. IV. 60. Frühere Form: „Quod tu mihi os fregisti“ rel.

78) Die nach altem jus civile übliche Form war: „Si injuriam faxit“.

79) L. 34 pr. D. 44, 7. L. 11 §. 1 L. 18 pr. D. h. t. 47, 10. (Vgl. L. 2 D. eod.). —

80) L. 17 §. 2 D. eod. 47, 10: „... dandam mihi injuriarum . . . , in quantum ob eam rem aequum judici videbitur“. — Hiergegen darf nicht eingewendet werden, dass die eben zitierten Stellen (Note 79 u. 80) nicht allgemein sprechen, sondern nur bestimmte einzelne Fälle („et dissimulatione aboletur; siquis enim injuriam dereliquerit“; „qui nocentem infamavit“; per legis Aquiliae act. injur. consumi“ etc.) berühren, und dass im Uebrigen die actio injuriarum mehr als irgend eine andere Klage auf der praetoris auctoritas beruht habe (L. 7 pr. §. 4 L. 15 §. 2, §§. 25–28. 34. 35. 43. 44 L. 17 §. 5. 10. 15. 17 D. h. t. 47, 10). Grosser Einfluss des

III. Die *actio injuriarum* hatte ex edicto praetoris eine *condemnatio cum taxatione* (daher die Worte: „dumtaxat tot milia“), wofür wir die folgenden vier Beweisstellen anführen können.

1. *Gaj. III. 224*: „Sed nunc“ (nach Aufhebung der Zwölftafelvorschriften) „alio jure utimur: *permittitur enim nobis a praetore ipsis injuriam aestimare, et judex*⁸¹⁾ *vel tanti* condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel *minoris*, prout ei visum fuerit“ (vgl. *Gaj. IV. 52*); „sed cum *atrocem injuriam*⁸²⁾ *praetor* aestimare soleat, si simul constituerit, *quantae pecuniae fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et judex* quamvis possit vel *minoris* damnare, plerumque tamen propter

Prätors auf die Klage war m. E. mit der „*aequitas actionis*“ (L. 11 §. 1 D. 47, 10) sehr wohl vereinbar. Letztere beruhte hier ja gerade auf dem Umstande, dass der Prätor *aequitate motus* die Klage eingeführt hatte. — Vgl. unten Anm. 98.

⁸¹⁾ Gajus sagt „judex“, nicht „recuperatores“. Ebenso Cic. ad Herenn. 2, 13. Vgl. §. 7 Inst. 4, 4. Dagegen Gell. XX. 1: „Praetores . . . *recuperatores* se daturos edixerunt“ (*injuriis aestimandis*). Ueber die richtige Bedeutung dieser Worte und jenes Unterschiedes vgl. Huschke, Gajus S. 138. 139.

⁸²⁾ *Atrox injuria* aestimatur vel ex facto (ex re) vel ex persona vel ex loco vel ex tempore. Vgl. *Gaj. III. 225*. Paul. Sent. V. 4 §. 10. Collat. II. 2. §. 9 Inst. 4, 4 L. 7 §. 8 L. 8. 9. 17 §. 3 L. 35. 40 D. 47, 10. Das alte *jus civile* hatte für schwerere Beleidigungen besondere Nummen (*occidentare, malum carmen incantare* oder *condere, infamiam flagitiumve alicui facere, membrum rumpere, os frangere*) und besondere härtere Strafen (Todesstrafe, Talion, 300 und 150 asses; Gell. N. A. 20, 1; Festus v. Talionis; *Gaj. III. 223*). Im Formularprozess dagegen unterscheidet sich die *atrox injuria* von der gewöhnlichen Beleidigung besonders dadurch, dass bei jener die Strafe weniger auf der klägerischen Schätzung und mehr auf der *auctoritas praetoris* beruhte, als bei dieser üblich war. Der Prätor bestimmte bei *atrox injuria* zunächst die Grösse des *vadimonium* (nach *Gaj. IV. 186* nicht über 100,000 Sesterzen, den höchsten Werth des *civis romanus*) und auf dieses gründete sich dann die klägerische *taxatio* („*hac ipsa quantitate taxamus formulam*“), welche in die *condemnatio* aufgenommen und dann vom *judex* „propter ipsius praetoris auctoritatem“ (und vermuthlich weil sie auf dem klägerischerseits schon beschworenen — *Gaj. IV. 186* — *vadimonium* beruhte) ausserordentlich respektirt wurde. —

ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.“ Hier braucht nichts hinzugefügt zu werden.

2. Dieser Stelle überraschend ähnlich (und wohl aus ihr hergenommen) sind die Worte Justinians, §. 7 *Inst. de inj.* 4, 4: „... Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel tanti condemnet, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit.“ (Vgl. §. 10 *Inst. eod. Gaj. IV. 52*). Justinian giebt hier, vermuthlich gestützt auf *Gaj. III. 224*, eine historische Darstellung des zur Zeit des Formularprozesses („praetores . . . judex“ rel.) bei der Injurienklage angewendeten Verfahrens. Seine Schilderung lässt sich nur auf die *taxatio* beziehen, obgleich er das Wort selbst sorgfältig vermeidet.

3. *Collat. II. 6 §. 1* (Paulus libr. sing. tit. de injuriis): „Qui autem injuriarum, inquit, agit, certum dicat, quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non majorem⁸³⁾, quam quanti vadimonium fuerit.“ — Zu dem „certum dicat“ vgl. *Collat. II. 6 §. 2—5. L. 7 pr. (§. 4) D. 47, 10*: „Praetor edixit: Qui agit injuriarum, certum dicat, quid injuriae factum sit, quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienae existimationis.“ Der Prätor verlangte das *certum dicere* aus zwei Gründen: 1. weil auf den klägerischen Aussagen vorzüglich die Grösse des (nach *Gaj. IV. 186* klägerischerseits durch *jusjurandum calumniae* zu erhärtenden) *vadimonium* und der diesem möglichst adäquaten *taxatio*⁸⁴⁾ beruhte, und 2. weil überhaupt der leichtfertigen Anstellung einer (famosa) actio injuriam nicht Vorschub geleistet werden sollte. — Die *taxatio* sollte dem Richter bei der schwierigen Abschätzung einer Injurie einen Anhaltspunkt geben und zugleich in jure schon den Kläger zum klaren Aussprechen seiner Wünsche nöthigen⁸⁵⁾.

⁸³⁾ Die Worte „non minorem“ (vgl. Huschke, Gajus S. 137) würden m. E. hier keinen rechten Sinn geben.

⁸⁴⁾ Die „decima pars“ dieser *taxatio* scheint Anwendung gefunden zu haben im *contrarium judicium*. *Gaj. IV. 177*: „Contrarium autem judicium adversus injuriarum quidem actionem decimae partis datur“.

⁸⁵⁾ Huschke (*Gajus S. 138*) glaubt, der Kläger habe die *taxatio* beschwören müssen, ohne für diese Ansicht nennenswerthe Gründe anzu-

4. *L. 15 §. 28 D. h. t. 47, 10 (Ulpian)*: „*Quod ait Prætor: si quis adversus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam, sic intelligendum est, ut plenior esset Prætoris animadversio, id est, ut quodcunque eum moverit, vel in persona ejus, qui agit injuriarum actionem, vel ejus, adversus quem agitur, vel etiam in re ipsa, in qualitate injuriæ, audiat eum, qui agit.*“ (Vgl. *L. 15 §. 34 D. eod.*: „*causa cognita judicium dabo*“). Die zitierte Stelle redet (ursprünglich wohl in klaren Ausdrücken, jetzt freilich in Folge der ihr vermuthlich bei Aufnahme in die Digesten freigebig zu Theil gewordenen Interpolation nur noch verschleiert, aber doch noch erkennbar), wenn man sie mit den oben sub 1—3 angef. drei Stellen zusammenhält, unzweifelhaft von der prätorischen, aus dem klägerischen Vorbringen in jure abstrahirten *taxatio*. —

Die *taxatio* muss (nach Gaj. IV. 51) bei der Injurienklage in der gewöhnlichen Weise, also folgendermassen gelautet haben: „(quantum tibi de ea re bonum et æquum esse videbitur judex N. A.) *dumtaxat HS. . . . (c. s. n. p. a.)*.“ — Keineswegs zu empfehlen ist m. E. die von Huschke (Gajus S. 140) gewählte Wortfassung: „*tantam pecuniam, dumtaxat HS. . . . nummos NN^m AA^o c. s. n. p. a.*“ Denn erstens würde der doppelte Akkusativ eine blosser *contradictio in adjecto* sein, welche vermieden wird durch die Konstruktion des Gajus (IV. 51): „*dumtaxat*“ rel. — Zweitens gehört, wie oben Anmerkung 63 gezeigt worden ist, das „*NN^m AA^o*“ vor „*dumtaxat*“⁸⁶). —

führen. Das schon bezüglich des (der *taxatio* zu Grunde liegenden) *vadi-
monium* nach Gaj. IV. 186 abgeleistete *juramentum calumniæ* konnte m. E. einen weiteren Eid entbehrlich machen.

⁸⁶) Die ganze Formel der *actio injuriarum* (ihre einzelnen Theile sind oben S. 54 aufgezählt) lautete nun etwa folgendermassen: „*Quod NN^s AA^o pugno malam percussit, q. d. r. a., si paret N^m A^o ea re injuriam fecisse, judex, quantum tibi de ea re (ob eam rem) æquum et bonum esse videbitur*“ (oder „*quanti ea res tibi esse videbitur ex æquo et bono*“), „*NN^m AA^o dumtaxat HS. . . . milia, c. s. n. p. a.*“ — Vgl. hierzu Rudorff, röm. Rsgesch. II. S. 357 f. und denselben, Ed. perp. quæ rel. sunt §. 192.

Die Frage, ob auch die *actio legis Corneliae* eine *condemnatio cum taxatione* gehabt habe, ist m. E. zu verneinen, da diese Klage kriminell war.

Ist das bei der prätorischen *actio injuriarum aestimatoria* früher geltende klägerische (und prätorische) *Taxationsrecht* heutzutage noch gültig und praktisch? *Mutatis mutandis* unbedingt! Gerade die *injuriarum actio* als *poenalis* und *vindictam spirans* eignete sich vortrefflich zur Konservierung jenes klägerischen Rechtes. Die Vorfrage ist jedoch die: Haben wir h. z. T. noch eine *aestimatoria injuriarum actio*? Will man diese Frage mit Rücksicht auf *Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 142* ⁸⁷⁾ (mit folgendem Vorbehalt: „Voraussetzung der ästimatorischen Injurienklage ist eine Beleidigung im Sinne und nach der Begriffsbestimmung des D. Str.-G.-B.“) bejahen, so ist die weitere Frage: Wie vollzieht sich die *aestimatio* bei der heutigen privaten Injurienklage? Vom Prätor müssen wir hier freilich absehen; *Gaj. III. 224* und *Collat. II. 6 §. 1* sind demnach im eigentlichen Sinne für uns nicht mehr massgebend. Vielleicht massgebend ist aber noch §. 7 *Inst. 4, 4*: „... *ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel tanti condemnnet, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit*“, und ebenso *L. 15 §. 28 D. 47, 10*: „... *audiat eum qui agit*“. Wenn demnach h. z. T. Jemand (im Wege der Privatklage) die *aestimatoria injur. actio* ⁸⁸⁾ anstrengt, so hat er selbst den Schaden abzuschätzen und der Richter unterzieht diese Abschätzung einer freien (dem Urtheil event. zu Grunde gelegten) Begutachtung. So bei der heutigen privaten Injurienklage, falls man ihre Existenz anzuerkennen

⁸⁷⁾ Archiv für das ges. im Grossh. Oldenburg gelt. Recht Bd. VIII. S. 301 ff. Vgl. *Seuff. Arch. I. 62. 63. III. 171. Windsch. Pand. II. 3. Aufl. §. 455 Not. 30–32. §. 472.* S. dagegen *Wächter*, die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach heut. gem. Recht, 1874, und *Windscheid*, a. a. O. 4. Aufl. §. 472. §. 455 Note 30–32.

⁸⁸⁾ Die heutige sogen. Privatklage unterscheidet sich von der *injuriarum aestimatoria actio* besonders dadurch, dass bei ersterer auch auf öffentliche Strafe (nach dem R.-Str.-G.-B.) zu erkennen ist. —

geneigt sein sollte. Aber nicht allein bei ihr, sondern auch bei der nach den Paragraphen 186. 187. 194 des Deutschen Reichsstrafgesetzbuchs auf Antrag des Beleidigten bzw. Verleumdeten zu exequirenden öffentlichen Verfolgung einer *injuria* findet sich ein Ueberbleibsel des alten klägerischen (dem prätorischen Moderationsrecht unterliegenden) Taxationsrechtes. Es ist dies die sogen. „Busse“, auf welche nach den §§. 188 und 213 R.-Str.-G.-B. — auf Verlangen des Verletzten — erkannt werden kann bei Beleidigung⁸⁹⁾ (§§. 186. 187 Str.-G.-B.) und Körperverletzung (§§. 223—230. 232 Str.-G.-B.)⁹⁰⁾. Bei den Römern schätzte der *injuriam passus* die Grösse der *poena* (*privata*), bei uns schätzt er die Grösse der Busse ab (während über das Strafmass nach dem Antrage des Staatsanwalts der Richter abzuurtheilen hat). Bei den Römern begutachtete und moderirte der Prätor (und in *judicio* noch der *judex*) die klägerische *poenae taxatio*, bei uns setzen die Richter, ebenfalls nach Anhörung der klägerischen *taxatio* (Beweis wird in der Regel verlangt), *ex aequo et bono* die Grösse der Busse fest. Eine feste Maximalgrenze der Busse ist freilich schon durch das Gesetz vorgesehen (§§. 188. 231 Str.-G.-B.: „bis zum Betrage von sechstausend Mark“). — Die „Busse“ des D. Str.-G.-B. wird heutzutage die *injuriarum actio aestimatoria* ziemlich überflüssig machen. —

b. §. 8. Die actio vi bonorum raptorum.

Dass die *actio vi bonorum raptorum*⁹¹⁾ — vom Prätor

⁸⁹⁾ Der §. 188 des Str.-G.-B. nennt auch den Fall des §. 187 schlechtweg „Beleidigung“.

⁹⁰⁾ Die „Körperverletzung“ unseres R.-Str.-G.-B. fällt bei den Römern theils unter den Begriff der *atrox injuria* (Gaj. III. 225. Collat. II. 6 §. 4. 5 §. 4), theils unter die *lex Cornelia*. Die Römer unterscheiden vor der *lex Cornelia* die Begriffe „Beleidigung“ und „Körperverletzung“, für welche wir verschiedene Namen, Rechtsvorschriften (§§. 185—200 und 223—233 Str.-G.-B.) und Strafbestimmungen haben, an sich durchaus nicht, sondern haben für beide Delikte denselben Namen (*injuria*), dieselbe *actio* (*injuriarum aestimatoria*) und dieselbe, auf (klägerischer, prätorischer und richterlicher) *aestimatio* beruhende, Strafe.

⁹¹⁾ L. 2 §. 17 D. 47, 8. Das prätorische Edikt gab diese Klage (*intra annum in quadruplum*) gegen denjenigen, welcher (sei es *hominibus coactis*

M. Lucullus (vgl. oben S. 51) eingeführt⁹²⁾ — eine *condemnatio cum taxatione* gehabt hat, lässt sich freilich aus der Fassung des prätorischen Edikts in *L. 2 pr. D. vi bon. rapt. et de turba* 47, 8 (Ulpian):

„Si cui dolo malo, hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo,

nicht mehr erkennen (vermuthlich deshalb nicht, weil die ursprüngliche Fassung durch Interpolation stark verändert und dem neueren Recht akkommodirt worden ist), aber es geht klar hervor aus *Cicer. pro Tullio or. II. 7*:

„Iudicium vestrum est, recuperatores. *Quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M. Tullio. Ejus rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum.*“

Zu dieser Stelle vergl. Keller, *Semestria ad M. Tull. Ciceronem III. S. 544 ff.*, und Huschke's (Ph. E.) *excursus de vi bonorum raptorum iudicio* (in J. G. Huschke's *Anal. litterar.* 1826 S. 183 ff.). Letzterem Gelehrten ist m. E. beizustimmen, wenn er a. a. O. S. 187 (vgl. Keller l. c. pag. 575 squ.) behauptet, das Edikt des Prätors M. Lucullus müsse — soweit sich aus der eben zitierten Stelle des Cicero Schlüsse hierüber ziehen lassen — ursprünglich so gelautet haben:

„Si cui dolo malo alicujus vi hominibus armatis coactisve damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in quadruplum, post annum in simplum“ (Haloander) „*cum*

oder solus; *L. 2 §. 7 D. 47, 8*) einen Raub begangen hatte (rauben = *bonā vi rapere*). *Cic. pro Tullio. Gaj. III. 209. 182. IV. 8. 76. 112. 182. Tit. Inst. 4, 2. Dig. 47, 8. Cod. 9, 33. §. 19 Inst. 4, 6. Vgl. Paul. Sent. V. 3.* Die Klage war eine *mixta*, d. h. zugleich reipersekutorisch und pönal (*poena tripli*). *§. 19 Inst. cit. 4, 6. Pr. Inst. 4, 2. Vgl. Gaj. IV. 8.*

⁹²⁾ Vorher hatte man auch wegen *rapina* nur die *actio furti*. *Gaj III. 209. Pr. Inst. 4 2. Vgl. L. 1. 2 §§. 10. 23. 26 D. 47, 8. L. 80 §. 3 D. 47, 2. L. 10 §. 1 D. 13, 1. L. 1 §. 1 D. 13, 3.*

taxatione *judicium recuperatorium* dabo“. — (Huschke fügt diesem noch einige m. E. unwesentliche Worte hinzu).

Das „*cum taxatione*“ in dieser Fassung des Edikts bezieht sich jedoch nicht etwa auf das vorhergehende „*in quadruplum*“ oder „*in simplum*“, sondern gehört zu dem nachfolgenden „*judicium recuperatorium*“. Mit anderen Worten: bei der *actio vi bon. rapt.* unterliegt nicht etwa des *quadruplum*, sondern allein das *verum rei pretium* (L. 2 §. 13 D. h. t. 47, 8) der *taxatio*. Das *verum rei pretium* ist innerhalb der durch die *taxatio* gegebenen Maximalgrenze abzuschätzen, aber das Resultat dieser Abschätzung darf sodann unabhängig von der *taxatio* einfach *quadrupliert* werden. Das *quadruplum* darf die *taxatio* überschreiten (event. gerade vier Mal so gross sein als diese)⁹³).

⁹³) Es ist daher an der von Huschke l. c. S. 187 aufgestellten Formel: „*Recuperatores sunt. Quantae pec. paret dolo malo NNi vi hominibus arm. coactisve damnum factum bonave rapta esse AAo, tantae pecuniae quadruplum, dumtaxat sestert. tot milia*“ (doppelter Akkusativ; vgl. oben S. 57), „*recuperatores NNm AAo*“ (diese beiden Namen würden besser vor „*quadruplum*“ etc. stehen; vgl. oben Anm. 63 u. S. 57) „*condemnanto, s. n. p. absolvunto*“, besonders das zu tadeln, dass hier das „*quadruplum*“ vor „*dumtaxat sest. tot milia*“ gestellt ist. Bei solcher Konstruktion würde der *judex* zunächst das *verum rei pretium* ohne *taxatio* (infinite) abzuschätzen und sodann das Resultat dieser Schätzung innerhalb der Grenzen der *taxatio* zu *quadrupliren*, also in Wirklichkeit meistens nicht auf das *quadruplum*, sondern auf das *simplum* zu *kondemniren* haben (da die *taxatio* das *simplum* selten weit überstiegen haben wird). Diese Konstruktion der Formel entspricht weder den Worten des Edikts noch dem von Cicero l. c. Gesagten. Besser (obgleich m. E. nicht in allen Punkten korrekt) ist die von Keller a. a. O. S. 594 konstruirte Formel: „*R. S. Quantae pec. paret dolo malo familiae*“ (vgl. Keller l. c. S. 584 ff.) „*NNi vi hom. arm. co. damn. factum*“ (bonave rapta? vgl. Keller l. c. S. 577 ff.) „*esse AAo, qu. e. r. e.*“ (es ist eine förmliche Tautologie, erst zu sagen: „*Quantae pecuniae paret*“ etc. und dann noch hinzuzufügen: „*q. e. r. e.*“), „*dumtaxat sest. tot millium, tantae pecuniae*“ (weit besser wäre die umgekehrte Wortstellung: „*tantae pec. dumtaxat tot mill.*“ und besser noch das einfachere: „*ejus dunt. tot mill.*“; beides arg. Gaj. IV. 51) „*quadruplum, recuperatores, NNm AAo*“ (vgl. oben Anm. 63), „*condemnanto, s. n. p. absolvunto*“. Wörtlich dieselbe Formel s. bei Rudorff, röm. Rsgesch. II. S. 363. Vgl. noch Rudorff, Ed. perp. etc. §. 185—187.

In der Formel der *actio vi bon. rapt.* musste daher das „quadruplum“ logisch hinter den Worten der *taxatio* („dumtaxat HS....“) stehen, und natürlich als das eigentliche Kondemnationssubjekt im Akkusativ, während sowohl das *verum rei pretium* (ausgedrückt durch „*ejus*“) als die *taxatio* („dumtaxat HS. tot millium“) im Genitiv gebraucht werden mussten. Die Formel (vgl. Note 93) konnte nun m. E. entweder so:

„*Recuperatores sunt. Quantae pecuniae paret dolo malo familiae NNi vi hominibus armatis coactisve damnum datum (bonave rapta) esse AAo, ejus recuperatores, NNm AAo, dumtaxat HS. tot millium, quadruplum condemnanto, s. n. p. a.*“

(Cicero l. c.) oder auch vielleicht folgendermassen lauten:

„*R. S. Si paret dolo malo fam. NNi vi hom. arm. co. AAo damn. factum (bonave rapta) esse, quanti ea res erit, ejus, recuperatores, NNm AAo, dumtaxat sest. tot millium, quadruplum condemnate, s. n. p. absolvite.*“

Mit Cic. pro Tullio l. c. harmonirt jedoch weniger diese, als vielmehr die erste Formel⁹⁴⁾.

c. §. 9. Die übrigen actiones in factum poenales.

Die übrigen prätorischen Strafklagen⁹⁵⁾ scheinen — soweit sie nicht auf *certa pecunia* gerichtet waren — sämtlich nach dem Vorbilde der eben erörterten actiones injuriarum

⁹⁴⁾ Vgl. im Allg. Rudorff, Edicti perp. quae reliqua sunt §. 185 bis 187, welcher die *taxatio* nicht berücksichtigt.

⁹⁵⁾ Im Einzelnen gehören z. B. folgende Klagen (theils ex delicto theils quasi ex delicto) hierher: *Sepulcri violati*, *de mortuo illato*, *de servo corrupto*, *de concussione*, *de calumnia*; *contra eum, qui jus dicenti non obtemperaverit*; *c. e. qui in jus vocatum vi exemerit*; *c. e. per quem factum est, quo minus quis in judicio sistat*; *contra menses*; *contra judicem qui litem suam fecit*; *propter damnum in turba datum*; *de effusis et dejectis*, *de posito et suspenso*, *de receptis*; *contra eum, qui „canem, verrem, aprum, leonem, ursum“ rel. ita habuerit, ut alicui nocitum sit u. s. w.* (auch mehrere Interdikte, z. B. *de mortuo inferendo* etc., welche hier nicht weiter zu berücksichtigen sind). Vgl. Titt. Dig. 2, 3. 4. 6. 7. 10. — 3, 6; 4, 9; 9, 3; 11, 3. 7. 8; 43, 11. 29. 32. 47, 5. 13. Tit. Inst. 4, 5. L. 40—42 D. 21, 1 u. s. w. — Zu den Strafklagen werden hier wie überall auch die *mixtae* gerechnet. — Insbesondere vgl. noch Rudorff, Ed. perp. etc. 1869.

und vi bonorum raptorum eingeführt und daher (mit Ausnahme der actio furti manifesti) in gleicher Weise wie jene beiden Klagen mit prätorischer *taxatio* konstruiert worden zu sein. In den Quellen freilich findet sich fast gar kein sicherer Ausspruch hierüber. Im Gegentheil wird von einigen Klagen gesagt, bei ihnen habe der *iudex ex aequo et bono* das Streitobjekt zu ästimmiren. So bei folgenden Klagen:

1. Actio *de effusis et dejectis*, einer Klage⁹⁶⁾, welche „ex bono et aequo oritur“ (L. 5 §. 5 i. f. cit.) und im Falle der blossen Beschädigung — nicht Tödtung — eines Freien eine actio in bonum et aequum concepta war. §. 1 c. f. Inst. 4, 5: „quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur. *Judex enim computare debet*“ etc. L. 1 pr. D. 9, 3: „si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam“ etc.
2. Vermuthlich unter gleichen Voraussetzungen bei der actio *de posito vel suspenso*. §. 1 Inst. cit. 4, 5. Vgl. L. 5 §. 6—13 D. 9, 3.
3. Actio *sepulcri violati*⁹⁷⁾, welche im Falle des Vorhandenseins eines speziell interessirten Klägers („ad quem pertineat“) in bonum et aequum concepta (und ex bono et aequo orta) war. L. 3 pr. D. 47, 12: „quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnatur. Si nemo erit, ad quem pertineat“ etc. L. 10 D. eod.: „quae in bon. et aeq. concepta est“. L. 6 D. eod. Vergl. Paul. Sent. 1. 21. Fest. v. Religiosus.
4. Die in den LL. 40—42 D. *de aed. ed.* 21, 1 aufgestellte pönale in factum actio war nach L. 42 D. cit. und §. 1 Inst. si quadr. paup. 4, 9 dann eine in bonum et aequum concepta, „si nocitum homini libero esse dicetur“. Bei anderen („ceterarum rerum“) Beschädigungen ging die Klage in *duplum* und war nicht in bonum et aequum concepta.
5. Hierher scheint mir auch die actio *contra iudicem qui litem suam fecit*, zu gehören, obgleich diese von den

⁹⁶⁾ Vindictam spirans; vgl. L. 5 §. 5 D. 9, 3.

⁹⁷⁾ Vindictam spirans: L. 20 §. ult. D. 29, 2. L. 6 i. f. 10 i. f. D. 47, 12.

Meisten nicht zu den *actt. in bon. et aeq. conceptae* gezählt wird. — Pr. Inst. 4, 5: „Si iudex litem suam fecerit... *in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur*, poenam sustinebit“. Ebenso L. ult. i. f. D. 50, 13.

Diese fünf actiones (in factum poenales) in bonum et aequum conceptae scheinen ebenso, wie die gleichfalls in bonum et aequum konzipirte *actio injuriarum*, eine *condemnatio cum taxatione* gehabt zu haben, aus den unten S. 65 ff. angeführten Gründen. Das „*bonum et aequum*“ einer Klage⁹⁸⁾ ist für die *taxatio* einfach irrelevant und es ist m. E. nicht abzusehen, warum einige Gelehrte (z. E. Rudorff, röm. Rsgesch. II.

⁹⁸⁾ Vergleiche oben die Anmerkungen 28. 67. 80 a. E. — Im Allgemeinen vergleiche noch über die Ausdrücke „bonum et aequum“, „aequitas“, „iniquitas“, clementia, lenitas, benignitas etc. folgende Stellen: Cicer. top. capp. 2. 4. 7. 23; de off. 1, 9; de leg. 1, 18; pro Rose. com. 4; pro Mur. 12. Gaj. IV. 137. L. 1 pr. L. 11 D. 1, 1. L. 25 D. 1, 3 („aequitatis benignitas“). L. 2 D. 1, 4. L. 1 pr. D. 2, 10. L. 1 pr. D. 4, 4. L. 32 pr. circ. fin. D. 15, 1. L. 31 D. 16, 3. L. 5 §. 2 D. 25, 3. L. 13 §. 7 D. 27, 1 („ἐξ αὐτοῦ τοῦ φύσει δίκαιου“); L. 4 §. 2 D. 27, 7. L. 17 i. f. D. 28, 3. L. 16 D. 35, 1. L. 2 §. 5 i. f. D. 39, 3. L. 9 §. 3 D. 41, 1. L. 14 pr. D. 44, 3. L. 1 §. 1 L. 4 §. 32 D. 44, 4 („naturalem aequitatem“; „aequius“). L. 2 §. 3 L. 34 pr. D. 44, 7. L. 91 §. 3 D. 45, 1. L. 95 §. 4 D. 46, 3. L. 2 D. 47, 10. L. 90. 183. 200. 206 D. 50, 17. L. 2. 21 pr. c. f. D. 3, 5. L. 2 Dig. 21, 3 („aequius“). L. 11 pr. D. 48, 19. L. 3 D. 28, 4. L. 1. 7 §. 7 D. 41, 1 („ratione naturali“; „naturalem rationem“). L. 15. 18 D. 1, 3. Zu L. 18 cit. vgl. Donelli comment. de jure civ. tom. I. p. 93 (vol. I—IV. stud. Koenig. Norimb. 1801—1808; vol. V—XV. ed. Bucher. Norimb. 1833; editio VI.): „Est autem *benignitas* non tantum *humanitas*, sed etiam *aequitas*, i. e. *jus naturale*, quod semper aequum et bonum est.“ — §. 20 c. f. §. 39. Inst. 4, 6. Pr. Inst. 1, 10 („et civilis et naturalis ratio“). Vgl. L. 56. 57. 67. 114. 141 pr. 155 §. 2 L. 168 D. 50, 17. — Bisweilen findet sich in ähnlichem Sinne der Ausdruck „*utilitas*“ (L. 16 D. 1, 3. L. 3 §. 2 c. f. D. 13, 5. L. 95 §. 7 D. 46, 3. L. 1 §. 5 c. f. D. 49, 4 — „utile“ —; L. 8 Cod. 7, 32. Cfr. L. 7 §. 1 D. 1, 1), bisweilen auch das Wort „*factum*“ (L. 27 §. 2 D. 2, 14. L. 10 i. f. D. 4, 5. L. 41 D. 15, 1. L. 48 §. 1 D. 41, 1. L. 1 §. 3 D. 41, 2. Cfr. L. 11 i. f. D. 4, 3 und über die vom Prätor „*aequitate motus*“ eingeführten „in factum actiones“ §. 5 c. f. Inst. 4, 6. §. 3 Inst. eod.). — Vgl. im Allg. noch L. 1 Cod. 1, 14. L. 8 Cod. 3, 1. — Griechisch: „τὸ ἐπιεικές“ und „τὸ δίκαιον“. —

S. 99, und Zimmern, röm. Rsgesch. S. 167) behaupten, vor allem die actiones in bonum et aequum conceptae hätten eine *taxatio* gehabt. Der Unterschied zwischen den eben aufgezählten fünf actiones in bon. et aeq. conceptae und den übrigen actiones in factum poenales korrespondirt einigermaßen mit dem Unterschiede zwischen actiones *bonae fidei* und *stricti juris* und so absurd es sein würde zu sagen, die *bonae fidei* actiones seien vorzüglich, d. h. mehr als die *actt. stricti juris*, ohne *taxatio* gewesen, ebenso absurd würde es sein, zu behaupten, die *actt. in bon. et aeq. conceptae* seien vorzüglich, d. h. mehr als die übrigen prätorischen Strafklagen, *cum taxatione* konstruiert worden. Im Gegenteil: sowohl die *actt. bonae fidei* als auch die *actt. stricti juris* wurden ohne *taxatio*, und sowohl die *actt. in bon. et aeq. conceptae* als auch die übrigen prätorischen Strafklagen wurden *cum taxatione* konstruiert.

A. Die Argumente nun, welche sich dafür anführen lassen, dass alle actiones in factum poenales eine *condemnatio cum taxatione* gehabt haben, sind folgende ⁹⁹⁾:

I. Die actiones in factum ¹⁰⁰⁾ stützten sich vor allem auf die Auktorität des Prätors. Für die *injuriarum actio* wird dies ausdrücklich bezeugt durch Gaj. III. 224: „... *permittitur*

⁹⁹⁾ Die nachfolgenden Argumente für das Vorhandensein der *taxatio* bei *actt. in factum poenales* sind z. E. nicht benutzt von Huschke, Keller, Zimmern, Rudorff, Dupont, Heffter, Bachofen. Diese Gelehrten stützen sich allein auf den allgemeinen Ausspruch von Gaj. IV. 51 (welchem Gajus selbst speziell widerspricht IV, 47): „*velut si incertum aliquid petamus*“ (vgl. oben S. 35. 49 i. f.) und gelangen demzufolge dahin, alle (sowohl zivile als prätorische) Deliktsklagen für actiones *cum taxatione* zu halten (meistens nehmen sie noch die *actio legis Aquiliae* aus, und zwar Huschke, de *taxat.* p. 272, deshalb, weil diese Klage „*proprie certi conditio*“ —!— sei), mit Ausnahme der auf *certa pecunia* lautenden. —

¹⁰⁰⁾ Vom Prätor eingeführt. Vgl. pr. Inst. 4, 2: „*propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit*“ §. 3 Inst. 4, 6: „*quas praetor ex sua jurisdictione comparatas habet*.“ §. 4 i. f. Inst. eod.: „*a... praetore in edicto proposita est*.“ Gaj. III. 189 i. f.: „*praetoris edicto constituta est*“. Gaj. IV. 109: „*edicto praetoris datur*“. §. 1 Inst. 4, 12: „*a praetore dantur*“.

enim nobis *a praetore* ipsis injuriam aestimare...; sed cum atrocem injurtam *praetor aestimare soleat*..., hac ipsa quantitate taxamus formulam, et judex ... *propter ipsius praetoris auctoritatem* non audet minuere condemnationem“. Vgl. Collat. II. 6 §. 1. Die actio vi bon. rapt. und die übrigen actiones in factum poenales beruhten gewiss in derselben oder doch in ähnlicher Weise auf der prätorischen auctoritas. Vgl. z. E. L. 2 §. 1 c. f. D. si quis in jus voc. 2, 5: „*remittit Praetor poenam*.“ Deshalb und weil überhaupt die prätorischen Strafklagen alle entweder der actio *injuriarum* oder der *vi bonorum raptorum* actio im Allgemeinen sehr ähnlich waren, ist es sehr wahrscheinlich, dass sie in gleicher Weise, wie diese beiden Klagen (Gaj. III. 224. Cic. pro Tullio) eine condemnatio cum taxatione hatten (und dem steht nicht entgegen, dass die hier in Betracht kommenden älteren Schriftsteller — Gajus, Ulpian, Paulus, Cicero — nur bei der injur. und vi bon. rapt. actio, nicht aber bei den übrigen prätorischen Strafklagen die taxatio speziell erwähnen; denn jene Schriftsteller haben die Klagen ex furto, rapina, injuria, damno injuria dato überhaupt viel eingehender behandelt als alle übrigen Deliktsklagen). Der Prätor wird vermuthlich nicht zwei actiones in factum poenales cum taxatione, dagegen die übrigen sämmtlich ohne taxatio gegeben haben (aus dem sub II. folgenden Grunde).

III. Ueberhaupt würde es ganz falsch sein, anzunehmen, die taxatio habe ohne feste Regel nur bei einzelnen Spezies von Klagen (z. B. bei der injuriarum oder vi bon. rapt. actio) oder wohl gar bald bei dieser bald bei jener Klage — ganz nach dem Belieben des Prätors —, nicht aber bei einer bestimmten Gattung von Klagen Anwendung gefunden. Einer solchen Annahme widerstreitet nicht bloss das „*velut si incertum aliquid petamus*“ (welches freilich arg. Gaj. IV. 47 nicht zu allgemein aufgefasst werden darf) bei Gaj. IV. 51, sondern vor allem auch die ganze Behandlung der Sache bei Gaj. IV. 49—51, wo die condemnatio eingetheilt wird in drei verschiedene Arten oder vielmehr Gattungen (*genera*; nicht etwa in drei species), welche unzweifelhaft zur Anwendung gelangten nicht bei verschiedenen species actionum, son-

dern bei drei getrennten Gattungen von Klagen. — Welcher Klaggattung sollen wir nun die *condemnatio cum taxatione* zutheilen? Da, wie wir oben sahen, die *stricti juris* und *bonae fidei* (diese z. E. auch schon arg. Gaj. IV. 47) *actiones*, überhaupt alle reipersekutorischen und alle zivilen Klagen ihrer Natur nach eine *taxatio* nicht dulden, so bleiben uns nur die prätorischen Strafklagen übrig. Dabei ist von grossem Gewicht, dass die Schriftsteller des klassischen römischen Rechts die *taxatio* eben nur bei prätorischen Strafklagen — nämlich bei der *actio injuriarum* und *vi bonorum raptorum* — erwähnen.

III. Der Richter hatte bei *actiones stricti juris* und bei vielen reipersekutorischen in *factum actiones* das „*quod in veritate est*“¹⁰¹⁾ und bei *actiones bonae fidei* dasjenige, was seiner *bona fides* oder der *bona fides* des der Klage zu Grunde liegenden Geschäftes gemäss war, abzuschätzen. Hatte nun der Richter bei *actiones poenales* eben so die Strafe (mit Bezug entweder auf die *veritas* oder auf die *bona fides*) abzuschätzen? (und schlechtweg auf diese zu kondemniren?) Gewiss nicht in allen Fällen! Die *poenae condemnatio* unterscheidet sich gerade dadurch von der bei reipersekutorischen Klagen üblichen Kondemnation, dass sie nicht bloss auf das „*quanti ea res erit*“¹⁰²⁾ oder auf das *quod interest* geht, sondern ausserdem dem schuldigen Theile eine Beschwerung (*gravamen*) auflegt¹⁰³⁾. Die Strafe will nicht bloss den früheren (Vermögens-)Stand (der Parteien) erhalten oder wieder-

¹⁰¹⁾ L. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7. L. 37 D. 50, 16. Theoph. 4, 6, 30. L. 179 D. 50, 16. L. 2 §. ult. D. 2, 8. L. 7 §. 2 D. 27, 6. Cic. pro Rosc. com. c. 5. L. 2 Cod. 5, 53. Vgl. L. 13. 29 D. de prob. et praes. 22, 3. Actt. in rem: Vgl. L. 10 D. de his, qui sui etc. 1, 6. L. 62 §. 1 D. ad leg. Falc. 35, 2.

¹⁰²⁾ Ulpian stellt in L. 7 §. 2 D. cit. 27, 6 sich gegenüber die „*poena*“ und das „*quanti ea res erit*“ oder die „*veritas*“. Vgl. dagegen L. un. §. ult. D. si quis jus dic. 2, 3.

¹⁰³⁾ Vgl. die vorige Note und L. 1 §. 5 cum §. 8 D. ne vis fiat 43, 4. In L. 4 §. 7 i. f. D. de damno inf. 39, 2 werden sich gegenübergestellt die *utilitas* („*id quod interest*“) und die *poena*.

herstellen, sondern sie will das Vermögen des Schuldigen vermindern, (und meistens) das des Verletzten vermehren (zweiseitige Strafklagen). Eine Bestrafung des Vergehens ist nicht möglich durch blosse Wiederherstellung des alten Zustandes (durch blosse Berücksichtigung der veritas: vgl. L. 7 §. 2 D. cit. 27, 6), sondern für sie ist mindestens erforderlich, dass der Damnifikant einen Nachtheil (in Vermögen, Ansehen oder dgl.) erleide ¹⁰⁴). Stand nun die Abschätzung dieser dem schuldigen Theile aufzulegenden Sühne dem Richter oder dem Prätor oder dem Kläger zu? Hier ist m. E. zu unterscheiden, und zwar zunächst zeitlich, sodann auch sachlich (je nach der Art der Strafe).

1. Ursprünglich war Jeder bei den gegen ihn verübten Vergehen Kläger, Richter und Strafvollstrecker (oder vielmehr Rächer) in Einer Person. So lange eine staatliche Rechtshilfe noch unbekannt war, war das einzige Mittel gegen fremde Uebergriffe in die eigene Rechtssphäre die Selbsthilfe, die Talion, die Blutrache. Man zahlte dem Verletzer der Rechtsordnung, wenn man konnte (Faustrecht), mit gleicher Münze heim, wobei für den Getödteten die Verwandten eintraten ¹⁰⁵). Freiwillige Sühne seitens des Friedenstörers war

¹⁰⁴) Daher ging die *condictio furtiva* auf das einfache „*quanti ea res erit*“ („*quod in veritate est*“) bzw. „*id quod interest*“, die *actio furti* dagegen auf das *duplum* bzw. *quadruplum* desselben.

¹⁰⁵) Das Talionsrecht, welches selbst h. z. T. bei roheren Völkern noch nicht verschwunden ist, war in ältesten Zeiten, vor Ausbildung des Staates, wohl bei allen Völkern in Uebung. So jedenfalls bei den Römern. (Vgl. Isidor. Hispal. libr. orig. s. etymol. V. 27, 24: „*Hoc enim et natura et lege institutum est, ut laedentem similis vindicta sequatur*“). So schon früher bei den Israeliten. Hierfür ist ein vortrefflicher Zeuge die *lex Mosaica*. — *Exodus* cap. 21 §. 23—25. *Leviticus* cap. 24 §. 17—21. *Deuteronomium* cap. 19 §. 21 (cfr. §. 19), *Genesis* cap. 9 §. 6 (vgl. cap. 1 §. 27). Im mosaischen Recht finden wir die Talion, welche bei anderen Völkern wohl mehr *res facti* war, in durchschlagender Weise gesetzlich geregelt. — Das bei den Germanen ebenfalls von Alters her in rauher Weise geübte Talionsrecht (Faustrecht, faida, Fehderecht etc.) scheint mit der Zeit zu einem gesetzlich geregelten Institut (mit der doppelten Natur

jedoch in vielen Fällen mit Zustimmung des Verletzten zulässig, wobei der Verletzte das Aestimationsrecht hatte. Spuren der alten Talion oder „*par vindicta*“ (Festus v Talionis) finden sich noch in den Zwölftafeln (in Bruns' fontes: tab. VIII. 2 cfr. 12. 13): „Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, *talio esto*“. Gaj. III. 223. Fest. l. c. Uebrigens traten allmählich mit Ausbildung der staatlichen Gewalt an die Stelle jener Talion bestimmte, durch öffentliche Gesetze vorgeschriebene Strafen, welche zum Theil noch durch pactio mit dem Kläger abzuwenden waren. Vgl. Zwölftafeln VIII. 3. 4. 9. 10. 14—16. 18. 21 ff. XII. 2—4; cfr. III. (nach Bruns' fontes). Diese gesetzlichen Strafen zerfielen in 1. Kapitalstrafen, 2. bestimmte Geldstrafen — *poenae certae pecuniae* —

eines Selbsthülfe-Aktes und eines gerichtlichen Beweismittels) geworden zu sein in der sogen. Kampfprobe (*judicium campi*, *judicium pugnae*, *wêhadinc*, *camfwie*, *hölmgângr*, gerichtlicher Zweikampf), einem Ordal (*judicium Dei*, Gottesurtheil), welches m. E. dem (ursprünglich jedem freien Germanen zustehenden) Rechte der Selbsthülfe seinen Ursprung verdankt und in den Volksrechten und Kapitularien, ja selbst noch in den Rechtsbüchern eine wichtige Rolle spielt. Vgl. z. E. Lex Bajuvar. II. 1, 2 (si quis de morte ducis consiliatus fuerit): „*Exeant in campum et cui Deus dederit victoriam, illi credatur. Et hoc in praesentia populi fiat, ut per invidiam nullus pereat.*“ Capitul. Pippini (anno 561—584) 15: „Si quis alterum inculpaverit perjurasse . . . *postea* (si „non potuerit adprobare“) „si ausus fuerit *pugnet*“. Edict. Rothar. 9: „*liceat per Campionem, id est per pugnam, crimen ipsum desuper se (si potuerit) ejicere.*“ Lex Fris. 14, 7. Sachsenspiegel I. 49. 51 §. 4. III 65 §. 1. — Freilich war das germanische *judicium campi* nicht allein (wenn auch vorwiegend) in Kriminalsachen, sondern auch bei Zivilklagen, besonders bei Prozessen über den (für die Germanen so wichtigen) Grundbesitz, üblich. Vgl. Lex Saxon. 16, 1: „Qui *terram* suam occupatam ab altero dixerit, . . . si occupator contradixerit, *campo dijudicetur*“. Lex Bajuvar. 15, 1: „*Quotiens de commarchanis*“ (Grenz- oder Marknachbarn) „*contentio nascitur . . . et si alia probatio nusquam inveniri dinoscitur . . . tunc spondeant invicem wêhadinc quod dicimus, et in campiones non sortiantur*“ (sie sollen persönlich, nicht durch Stellvertreter — vgl. Sachsenspiegel I. 49 —, kämpfen), „sed cui Deus fortiam“ (la force) „dederit et victoriam, ad ipsius partem designata pars, ut quaerit, pertineat“. — Capit. Ludov. I. 1 (ann. 816 p. Chr. n.).

(z. E. CCC., LC., XXV. asses) und 3. unbestimmte Geldstrafen (*poenae incertae pecuniae*, p. *aestimatoriae*). Nur die letztgenannten Strafen (von Ehrenstrafen u. dgl. konnte bei der obigen Dreitheilung abgesehen werden) kommen hier in Betracht.

2. Die in den Gesetzen der späteren Zeit vorgeschriebenen unbestimmten Geldstrafen oder *poenae aestimatoriae* unterlagen der Aestimation des Klägers. Dieses klägerische Aestimationsrecht war ein Ueberbleibsel und Surrogat des in früheren Zeiten dem Verletzten zustehenden — in der späteren zivilisirten Periode verdrängten — Rechtes der Selbsthülfe, der Talion¹⁰⁶). Dasselbe wurde jedoch in verschiedener Weise ausgeübt, je nachdem ob die Pönalklage eine *actio civilis* oder *honoraria* war.

a) Wenn die Strafklage auf dem *jus civile* beruhte, so gab der Prätor eine einfache, auf die bezügliche lex gestützte formula mit *condemnatio incertae pecuniae infinita* und die eigentliche Abschätzung der poena begann erst in *judicio*. Das klägerische Aestimationsrecht gelangte demnach in zivilen Strafklagen erst in *judicio* zur Anwendung. Der *judex* konnte die klägerische Abschätzung der Strafe, welche der Kondemnation zu Grunde gelegt werden musste, in vielen Fällen nicht entbehren. Z. E. wenn in der *furti actio* dasjenige abzuschätzen

¹⁰⁶) Mit der Erscheinung, dass in Pönalklagen dem Kläger das Aestimationsrecht gegeben wurde (Prinzip der Selbstschätzung), hängt auf der anderen Seite die gleichzeitige Rechtsvorschrift zusammen, dass die *actiones mere poenales* gegen die Erben des Beklagten gar nicht (Gaj. IV. 112. §. 1 Inst. 4, 12. L. 1 pr. D. 47, 1. L. 111 §. 1 D. 50, 17), die *actiones mixtae* gegen die beklagtischen Erben nur auf das quantum ad eos pervenerit gehen (L. 4 §. 2 D. 47, 9. L. 35 pr. D. 44, 7. L. 44 D. 50, 17) und dass die *act. vindictam spirantes* nicht den Erben des Klägers zustehen sollten. Vgl. L. 7 §. 1 D. 16, 3. L. 8 §. 1 D. 27, 7. L. 49 D. 44, 7. L. 157 §. 2 D. 50, 17: „*hoc est, unusquisque pro ea parte, pro qua heres est*“. Ratio legis war der auf höherer Kulturstufe wohl überall anerkannte Grundsatz, dass die Erben nicht für die Vergehen ihrer Erblasser über die Bereicherung hinaus verantwortlich sein sollen und dass andererseits ein Anspruch auf persönliche Genugthuung nicht auf die Erben (aktiv) übergehen soll.

war, was eine gestohlene Sache zu einer bestimmten früheren Zeit — „*tunc quum pretiosior facta sit*“ — werth gewesen sei (L. 50 pr. D. 47, 2), so bedurfte diese Abschätzung oft der Angaben des Klägers ¹⁰⁷⁾.

b) Bei prätorischen Strafklagen dagegen stand dem Kläger das Aestimationsrecht schon *in jure* — vor dem Prätor — zu und der Prätor fügte sodann der formula eine auf die klägerische (von ihm nöthigenfalls vorher moderirte) Abschätzung basirte *taxatio* („*dumtaxat HS. . . milia*“ ein). — Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel macht nach Gaj. III. 224 nur die *atrox injuria*: Bei dieser wurde zwar auch eine *condemnatio cum taxatione* gegeben, aber hier beruhte die *taxatio* nicht auf der klägerischen Selbstschätzung (s. v. v.), sondern auf der vom Prätor selbst vorgenommenen Schätzung („*aestimare solet praetor*“). Vgl. Collat. II. 6 §. 1. — Eine weitere Ausnahme (*actio furti manifesti*) wird weiter unten (§. 10) zur Sprache kommen.

IV. In den reipersekutorischen Klagen (sowohl in den dinglichen, als in persönlichen, sowohl in den *stricti juris* als in den *bonae fidei actiones*) und in fast allen zivilen

¹⁰⁷⁾ Die klägerischen Angaben konnten natürlich in vielen Fällen die sachverständige Schätzung nicht entbehrlich machen, waren aber häufig erforderlich, um gerade die letztere erst zu ermöglichen. — Die klägerischen Aussagen waren z. B. auch massgebend bei der *condictio furtiva*, denn bei dieser war „*id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime quum deteriorem rem factam fur dando non liberatur*“ (L. 8 §. 1 D. 13, 1). Die angef. Worte geben der im Uebrigen reipersekutorischen „*condictio*“ *furtiva* einen pönalen Anhauch. — Eine eigenthümliche Anwendung des (ebenfalls die Bestrafung eines vom Gegner quasi begangenen Delikts bezweckenden) klägerischen Aestimationsrechts *in judicio* finden wir in den restitutorischen und exhibitorischen Klagen (vgl. Gaj. IV. 113. §. 17 Inst. 4, 6. §. 1 Inst. 4, 12. L. 52 D. 6, 1. L. 1 §. 1 D. 16, 3) bei *dolus*, *lata culpa* und *contumacia* des Beklagten. Es ist hier das *jusjurandum in litem* gemeint. Das zu bestrafende Vergehen liegt in dem Ungehorsam des Beklagten, die Strafe selbst in dem durch den Schätzungseid zu exequirenden klägerischen Aestimationsrecht und als moderirendes Element tritt hinzu die *taxatio* des *judex* (ebenso wie analog in prätorischen Strafklagen *in jure* zu der klägerischen *taxatio* die prätorische mildernd hinzutritt). Vgl. unten §. 12.

Strafklagen¹⁰⁸⁾ ist die Sache selbst, um welche es sich handelt, stets etwas Bestimmtes¹⁰⁹⁾ und nur der Werth dieser Sache, die *rei aestimatio*, das *verum rei pretium*, bezw. das *id quod interest*, ist zur Zeit noch unbestimmt. Daher schätzte in diesen Klagen der *iudex* selbst die Sache ab, unterstützt durch die Aussagen des Klägers — und nach Anhörung beider Parteien; event. mit Benutzung von Sachverständigen —, aber nie beschränkt durch eine der Formel etwa eingefügte prätorische *taxatio*¹¹⁰⁾. — Dagegen in fast allen prätorischen Strafklagen war nicht bloss der Werth der in Frage stehenden Sache, sondern die Sache selbst — nämlich die *poena* — völlig unbestimmt. Die Strafe im eigentlichen Sinne (d. h. die *poena aestimatoria* oder *incerta*) ist überhaupt keine (konkrete, in *rerum natura* befindliche) Sache, sondern etwas bloss Gedachtes, Abstraktes. Sie kann daher in vielen Fällen nicht von einem Dritten, Unbetheiligten schlechtweg abgeschätzt werden, sondern ihre Grösse beruht oft völlig auf der Grösse der dem Verletzten zugefügten Kränkung. Dies gilt vor allem von den *actiones vindictam spirantes*, welche dem Verletzten eine persönliche Genugthuung¹¹¹⁾ verschaffen sollten (die *vindicta* in diesem

108) Hierher gehört zunächst die *actio furti nec manifesti*, bei welcher die Strafe einfach in dem Doppelten des „*verum rei pretium*“ (L. 50 pr. D. 47, 2) lag. Die gestohlene Sache selbst war nichts Unbestimmtes; nur das *pretium* war noch zu ermitteln. Ferner gehört hierher die *actio arborum furtim caesarum*, welche auf XXV asses für jede einzelne *arbor furtim caesa* (eine bestimmte, konkrete Sache) ging; ebenso z. B. die *actio legis Aquiliae* (auch hier war die Sache selbst, obgleich sie „*damno perit*“, eine bestimmte, und für ihre Schätzung — „*quanti id in eo anno, in XXX diebus proxumis plurimi fuerit*“ — gilt das oben z. E. über die *condictio furtiva* — „*quanti unquam plurimi res fuerit*“ — schon Gesagte).

109) Einerlei, ob sie in *rerum natura* greifbar vorhanden (*fundus*, *homo*) oder nicht vorhanden (z. E. *ususfructus*, *habitatio*, *operae*, *sinnere*, *curare ut fiat*; denn diese Sachen sind, wenn auch nicht konkret, doch auch nichts Unbestimmtes) ist; m. a. W. ob die *actio* eine *act. certi* oder *incerti* ist.

110) Vgl. hierzu L. 5 §. 3 i. f. und 4 i. f. D. 12, 3. L. 2 i. f. Cod. 5, 53. Cfr. L. 12. 13. 29 §. 1 i. f. D. 22, 3. L. 8 §. 1 D. cit. 13, 1.

111) Die Idee der persönlichen Genugthuung ist ebenfalls ein

Sinne ist etwas rein Geistiges, auf dem Gefühl Beruhendes, nichts Konkretes), und unter diesen wieder besonders von der *actio injuriarum*. — Die Injurie fügt so leicht Niemandem einen konkreten, äusseren Nachtheil — z. B. eine Vermögensbeschädigung, eine Körperverletzung — zu, sondern sie schlägt nur dem Geiste des Betroffenen eine Wunde. Die Grösse dieser seinem Geiste und Gefühl geschlagenen Wunde und die Grösse der einem solchen Vergehen angemessenen Strafe kann daher nur der Verletzte selbst richtig abschätzen; und das *officium judicis* kann nur darin bestehen, die per iram et dolorem vielleicht allzu gross gerathene Abschätzungssumme — soweit sie nicht schon durch den Prätor in jure moderirt ist — nachträglich ex bono et aequo auf das richtige Maass zurückzuführen. Demgemäss erfolgte (um dem Richter für die Schätzung der Injurie von vornherein einen festen Anhaltspunkt zu geben) die klägerische Abschätzung schon in jure, um der in die Formel aufzunehmenden prätorischen *taxatio* als Grundlage zu dienen. Der Prätor wollte nicht dem Richter (bei der atrox injuria auch nicht dem Kläger; vgl. Gaj. III. 224. Collat. II. 6 §. 1. 2 §. 1) die Abschätzung des Strafmasses unbeschränkt überlassen, sondern ihm in der *taxatio* eine sichere Handhabe geben und zugleich eine unüberschreitbare Grenze stecken. Vgl. §. 7 Inst. 4, 4. L. 15 §. 28 D. 47, 10. Gleiches gilt von allen nach dem Vorbilde der *injuriarum actio* eingeführten prätorischen Strafklagen. — Aehnliches lässt sich über die *actio vi bonorum raptorum* und *de turba* sagen. Auch bei diesen Klagen war die Grösse der in einem Mehrfachen des „verum rei pretium“ (L. 2 §. 13 L. 4

Ueberbleibsel und Surrogat des (später in das Recht der Selbstschätzung umgewandelten) alten Rechtes der Selbsthülfe und der Talion. Spuren jener persönlichen oder Privatgenugthuung finden sich noch im späteren deutschen Strafrecht — vgl. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechts, §§. 294–296 — bei der Injurie (*recantatio* oder *palinodia*; *deprecatio*; *honoris declaratio*) und bei der Körperverletzung (Schmerzensgeld), sind jedoch heute verschwunden. Ueber die Busse im heutigen R.-Str.-G.-B. vgl. oben S. 59. — Vielleicht ist hier noch der §. 200 des D. R.-Str.-G.-B. zu erwähnen.

§. 11 D. 47, 8) — d. h. des Werthes der, *vi hominibus coactis* oder in einer *turba*, zerstörten und beschädigten Sachen — bestehenden Strafe sehr unbestimmt und sehr schwer zu ermitteln. Daher wollte auch hier der Prätor die *poenae aestimatio* dem *judex* nicht unbeschränkt überlassen und gab demnach eine *condemnatio cum taxatione*. Das kurze „... *judicium dabo*“ in L. 2 pr. D. 47, 8 (Ulpian) ist — für die klassische Zeit —, zusammengehalten mit Cicer. pro Tullio orat., so zu lesen: „*judicium dabo in quadruplum dumtaxat ejus, quanti ego ex actoris de ea re allegationibus rem taxavero quantamque ego taxationem formulae inseruero*“. Das für die *vi bonorum raptorum* (und *de turba*) *actio* Gesagte gilt in mancher Hinsicht auch für die *actio quod metus causa* und für alle der *actio vi bon rapt.* überhaupt ähnlichen *actiones in factum poenales*.

B. Der oben aufgestellten Behauptung, dass alle prätorischen Strafklagen eine *condemnatio cum taxatione* erhalten haben, ist noch der folgende beschränkende (übrigens in anderem Zusammenhange schon öfters erwähnte) Zusatz hinzuzufügen: Diejenigen prätorischen Klagen, bei welchen event. ein *jusjurandum in litem* (§. 12) stattfinden konnte, hatten keine *condemnatio cum taxatione*. Hierher gehört vielleicht die *actio de recepto*; vgl. L. 1 pr. L. 3 §. 1 D. 4, 9: „*nisi restituent, in eos judicium dabo*“. Vielleicht gehören ausserdem noch hierher die Noxalklagen. Vgl. §. 31 Inst. 4, 6. Ein *jusjurandum in litem* wird freilich m. W. bei keiner Noxalklage erwähnt¹¹²⁾.

C. Ferner ist oben behauptet worden, dass alle prätorischen Strafklagen mit Ausnahme derjenigen, welche auf *certa pecunia* gingen, eine *condemnatio cum taxatione* zu erhalten pflegten, dass wir jedoch hierfür sichere Quellenzeugnisse nur bezüglich der *actio injuriarum* und der *actio vi bonorum raptorum* hätten. Besonders diese letzte Behauptung

¹¹²⁾ Vgl. im Allg. L. 1 D. 47, 6. L. 2 pr. i. f. D. 47, 8. L. 215 D. 50, 16. Gaj. IV. 75—79. Titt. Inst. 4, 8. 9 (die *act. si quadr. paup. fec. dic.* ist freilich civilis). Dig. 9, 4. Cod. 3, 41. Cfr. Paul. Sent. II. 31 §. 7—9. L. 17. 18 D. 47, 2.

ist nun noch gegen einen viel erhobenen Einwand sicher zu stellen. Manche Gelehrte (z. E. Zimmern, röm. Rsgesch. S. 167) glauben nämlich, die *L. 5 §. 1 D. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat* 2, 7 (Ulpian) handle ebenfalls von der *condemnatio cum taxatione* und beweise demnach, dass die *in factum actio contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit*, eine solche Kondemnation gehabt habe. Die angef. Stelle lautet folgendermassen:

„In eum autem, qui vi exemit, *in factum* iudicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est; hoc enim additum est, ut appareat, *etiamsi calumniator* quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.“

Diese Worte werden von den Anhängern jener Ansicht in folgender Weise aufgefasst:

„Gegen denjenigen, welcher einen vor Gericht Geforderten gewaltsam vom Gericht fern hielt, steht dem Verletzten eine *actio in factum* zu, deren *condemnatio* nicht als *infinita* einfach auf das quod interest oder quanti ea res est geht („quo non id continetur, quod in veritate est“), sondern im Gegenteil als *condemnatio cum taxatione* auf das „quanti ea res est ab actore aestimata“ gerichtet ist¹¹³).

Wenn diese Auffassung eine richtige wäre, so würde durch sie um so mehr bewiesen sein, dass (nicht allein diese, sondern überhaupt) alle prätorischen Strafklagen (*incertae pecuniae*) eine

¹¹³) Die *taxatio* besteht nach jener Ansicht in der klägerischen Schätzung des ursprünglichen („de qua controversia est“; d. h. des ursprünglich zwischen dem actor und dem vi exemptus vorliegenden) Streitgegenstandes, moderirt vom Prätor; die Formel würde demnach so lauten müssen: „Si paret NN^m Titium ab AA^o in jus vocatum vi exemisse, quidquid ob e. r. NN^m AA^o poenae causa praestare oportet (q. e. r. e.), iudex NN^m AA^o, dumtaxat HS. tot milia“ (d. h. so viel, als das ursprüngliche Streitobjekt nach Schätzung des AA^{us} — begutachtet vom Prätor — werth ist), „c. s. n. p. a.“. Diese Formel würde dem iudex Vollmacht geben, entweder auf einen geringeren Betrag als den der *taxatio* oder auf den der *taxatio* selbst zu erkennen.

condemnatio cum taxatione gehabt haben. Denn dann würde zu den für die actt. vi bon. rapt. und injuriarum schon angeführten Stellen die L. 5 §. 1 D. cit. 2, 7 noch als ein weiteres gewichtiges Zeugniß hinzutreten. — Trotzdem müssen wir aus der nachstehenden Argumentation erkennen, dass die Kondemnation der in factum actio contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit, keineswegs *cum taxatione*, sondern eine einfache condemnatio *certae pecuniae* gewesen ist, und dass gerade dies und nichts Anderes aus der L. 5 §. 1 cit. hervorgeht ¹¹⁴).

■. Ulpian will durch die Worte des Fragm. cit.: „... in factum iudicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est“, nur andeuten, dass die hier gemeinte actio in factum nicht reipersekutorisch, sondern *poenalis* sei. Ulpian liebt es überhaupt, einander gegenüberzustellen die *veritas* — in dem Sinne, dass diese die reipersekutorischen Klagen andeutet — und die *poena*. So z. B. in L. 7 §. 2 D. quod falso tut. auct. 27, 6: „Quod ait praetor: *quanti ea res erit*, magis puto non *poenam*, sed *veritatem* his verbis contineri“. Ulpian hätte hier statt „*veritatem*“ auch „*ipsam rem*“ oder vielleicht „*id quod interest*“ schreiben können ¹¹⁵). In der L. 4 §. 7 D. de damno inf. 39, 2 thut er dies wirklich, indem er sagt: „... *quanti ea res est* ... iudicium datur, quod non ad *quantitatem* refertur, sed ad *id, quod interest*, et ad *utilitatem* venit, non ad *poenam*“. Hier werden sich einerseits gegenübergestellt *quantitas* und *id quod interest*, und andererseits *utilitas* und

¹¹⁴) Ueber die Ansicht v. Schröter's — über das *jusjurandum in litem*, in Linde's Zeitschr. f. Zivilr. und Proz. VII. S. 356 ff. —, dass die L. 5 §. 1 D. cit. 2, 7 von dem *jusjurandum in litem* handle, vgl. unten § 12. Wäre diese Ansicht richtig, so würde auch durch sie bewiesen sein, dass die angef. Stelle nicht von einer *taxatio* handelt. Aber jene Ansicht ist eben nicht richtig, wie unten gezeigt werden wird. Das fragm. cit. handelt, wie im Text weiterhin gezeigt wird, einfach von einer condemnatio *certae pecuniae*.

¹¹⁵) Vielleicht soll das „*veritatem*“ in L. 7 §. 2 cit. auch andeuten, dass die dort behandelte actio nicht *bonae fidei* ist. Denn der Ausdruck „*veritas*“ in dieser Bedeutung findet sich nie bei *bonae fidei* actt., sondern nur bei actt. *stricti juris*, in factum und in rem. Vgl. S. 33 u. Not. 101.

poena. Die *quantitas* ist das *verum rei pretium*, die *vera rei aestimatio* im Gegensatz des Interesse. *Utilitas* und *id quod interest* sind ziemlich synonyme Ausdrücke: Beide bedeuten das Interesse im Gegensatz zur *quantitas* und beide bedeuten zugleich die *rei persecutio* im Gegensatz zur *poenae persecutio* (den blossen Schadensersatz im Gegensatz zur *poena*). — Ulpian will also in unserer L. 5 §. 1 D. cit. 2, 7 zunächst andeuten, dass die daselbst erörterte *actio* eine *poenalis* sei. Aber die Worte „*quo non id continetur, quod in veritate est, sed*“ rel. haben noch eine zweite Bedeutung. Sie wollen nämlich ausserdem andeuten, dass die Strafe bei der *actio contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit*, keine gewöhnliche sei — sich nicht nach den gewöhnlichen Regeln der Bestrafung richte —, sondern gerade in dem, vom Kläger abgeschätzten, Werthe des ursprünglichen (gerade durch die *vi exemptio* dem Kläger quasi verloren gegangenen) Streitobjekts („*de qua controversia est*“) bestehe. Der Beklagte — *is, qui in jus vocatum vi exemerit* — soll als Strafe gerade das an den Kläger zahlen, was vor der *vi exemptio* der ursprüngliche in *jus vocatus* und sodann *vi exemptus* allein dem Kläger schuldete, und zwar (um das Strafmoment noch schärfer hervorzuheben) nach klägerischer Abschätzung. Gerade auf den Werth der ursprünglichen *res controversiae* giebt der Prätor die Klage und gerade auf diesen Werth ist der *judex* genöthigt zu kondemniren. Würde diesen Bestimmungen der L. 5 §. 1 cit. eine *condemnatio cum taxatione* entsprechen? Würde sie den *judex* zwingen, auf das „*q. e. r. e. ab actore aestimata de qua controversia est*“, aber nicht auf das „*quod in veritate est*“ zu kondemniren? Gewiss nicht! Denn bei einer *condemnatio cum taxatione* kann der Richter nach Gaj. IV. 51. 52 kondemniren, worauf er will, wenn nur nicht die Kondemnationssumme die *summa taxationis* übersteigt. Wenn also der Richter auf jede beliebige Summe, welche geringer ist als die *taxatio*, kondemniren darf, so darf er jedenfalls auch auf das „*quod in veritate est*“ verurtheilen, denn dass dies Letztere geringer ist als das „*q. e. r. e. ab actore aestimata, de qua contr. est*“ (die *taxatio*), unterliegt wohl keinem

Zweifel. Und doch sagt die L. 5 §. 1 Dig. cit. 2, 7 mit klaren Worten, die *actio contra eum, qui in-jus voc. vi exemerit*, solle nicht auf das „*quod in veritate est*“, sondern gerade und absolut auf das „*qu. e. r. e. ab actore aestimata, de qua controversia est*“ gehen. Die *condemnatio* dieser Klage ist daher zweifellos nicht *cum taxatione*, sondern *certae pecuniae* gewesen (nämlich auf *tanta pecunia, quanti ea res, de qua controversia est*, ab actore est aestimata, wobei vermuthlich der Prätor in jure vor Konzeption der formula mit *certae pecuniae condemnatio*, nicht aber der judex noch in judicio das Moderationsrecht hatte). Vgl. Gaj. IV. 52.

■■. Ferner sagt Ulpian in der angef. Stelle einfach: „*sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est*“, aber nicht: „*sed dumtaxat q. e. r. e. ab act. aest., de qua contr. est*“, wie er jedenfalls hätte sagen müssen, wenn er eine *condemnatio cum taxatione* vor Augen gehabt hätte. Denn gerade das Wort „*dumtaxat*“ entspricht in den Quellen des klassischen Rechts — wie oben genügend gezeigt ist — der *taxatio* und deutet an, dass der Richter nicht gerade auf die mit „*dumtaxat*“ eingeleitete Summe zu kondemniren braucht, sondern auch auf jede beliebige geringere Summe verurtheilen darf¹¹⁶). Fehlt das „*dumtaxat*“ vor der Kondemnationssumme, so ist damit angedeutet, dass der judex gerade auf diese Summe, und weder auf eine geringere noch auf eine grössere, kondemniren soll. Bei unserer Klage ästimirte schon *in jure* der Kläger das zwischen ihm und dem vi exemptus ursprünglich in lite befindliche Objekt (die *res de qua controversia est*) und auf Grund dieser klägerischen Abschätzung konstruirte der Prätor die *formula* mit einer *condemnatio*

¹¹⁶) Z. E. die *incertae taxationes* [*dumtaxat de peculio, dumtaxat de in rem verso u. s. w.* (vgl. S. 11 ff. und 49)] fordern nicht, dass der Richter gerade auf den Betrag des *peculium* oder *in rem versum etc.* verurtheile, sondern sie stellen ihm anheim, auf irgend eine ihm genügend erscheinende Summe, wenn diese nur nicht den Betrag des *peculium etc.* übersteigt, zu kondemniren. Bezüglich der *certae taxationes* drückt sich Gaj. IV. 52 klar genug aus.

certae pecuniae. In *judicio* durfte sodann der *judex* von dieser *certa pecunia* in keiner Weise abweichen. Es wurde hier überhaupt kein *judex rei aestimandae*, sondern nur ein *judex rei judicandae* bestellt, d. h. der Richter hatte nur zu untersuchen, ob der Beklagte den vom Kläger Zitirten vom Gericht fern gehalten habe oder nicht, und je nach dem Ausfalle dieser Untersuchung den Beklagten entweder auf die in der Formel vorgeschriebene *certa pecunia* zu kondemniren oder völlig zu absolviren¹¹⁷).

■■■. Dass der *judex* bei unserer Klage nur *rei judicandae*, nicht aber *aestimandae causa* bestellt wurde — dass also die *condemnatio* hier nicht *cum taxatione* sein konnte —, geht schliesslich noch am Klarsten hervor aus den letzten Worten des angef. Fragments: „*hoc enim additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit tamen hanc poenam eum persequi*“. Diese Worte würden keinen Sinn haben, wenn der Richter noch das Kondemnationsobjekt (also hier das „*quantum ea res est, de qua controversia est*“ inter *AAum* et *Titium vi exemptum a NNo*) abzuschätzen hätte (was bei einer *condemnatio cum taxatione* der Fall sein müsste). Denn bei der Abschätzung jenes zwischen dem Kläger und dem *vi exemptus* in Frage stehenden Streitobjekts würde der Richter, falls sich herausstellte, der Kläger habe *calumniae causa* den *vi exemptus* in *jus* vozirt, unzweifelhaft den Beklagten freisprechen müssen, weil das Objekt einer rein kalumniösen Klage sich bei der Abschätzung stets auf Null reduzirt. Da nun aus den Schlussworten der *Lex cit.* klar hervorgeht, dass der Beklagte — *is qui vi exemerit* — auf jeden Fall verurtheilt werden muss, m. a. W. dass der Kläger die Bestrafung des Beklagten sogar in dem Falle durchsetzen soll, wo er selbst gegen den *vi exemptus calumniose* geklagt hat, so unterliegt es wohl keinem Zweifel mehr, dass die Abschätzung der *res de qua controversia est* schon *in jure* und zwar vom Kläger selbst vorgenommen wurde und dass der Prätor die so abgeschätzte

¹¹⁷) Das im Text Gesagte gilt von allen Klagen mit *certae pecuniae condemnatio*.

Summe — ohne zu prüfen, ob der Kläger den *vi exemptus* kalumnioser Weise vielleicht in *jus* vozirt habe — einfach in die *condemnatio* der Formel setzte (wobei ihm möglicherweise ein *Moderationsrecht* zustand), worauf der *judex* nur noch zu prüfen hatte, ob dem Beklagten das *vi exempte* wirklich zur Last falle oder nicht, ohne sich um die Probität der ursprünglichen in *jus* vocatio zu kümmern. — Erreicht wurde dies dadurch, dass die *intentio* der Klage nur darauf ging, ob NN^{us} den von AA^{us} in *jus* vozirten Titius gewaltsam zurückgehalten habe oder nicht, mit nachfolgender *condemnatio certae pecuniae* (nur so konnte auch der *calumniator* durchdringen). Die Formel der *act. c. eum, qui in jus voc. vi exemerit*, lautete daher wahrscheinlich so: „*Si paret NN^m Titium ab AA^o — propter rem ab AA^o recte ac juste decem milium aestimatum — in jus vocatum vi exempte, judex NN^m AA^o sestert. decem milia condemna. Si non paret, absolve.*“

D. Sichere Quellenzeugnisse für die *taxatio* bei *actiones in factum incertae pecuniae poenales* existiren also nur bezüglich der *injuriarum* und *vi bonorum raptorum actio*. Der Grund hiervon ist in der Interpolation zu suchen. Die Kompilatoren scheinen bei der Aufnahme klassischer Stellen in das *Corpus Juris* sehr energisch mit allen Zeugnissen des zu ihrer Zeit nicht mehr praktischen Rechts aufgeräumt zu haben. — Im Uebrigen glaube ich genügend nachgewiesen zu haben, dass die *condemnatio* der prätorischen Strafklagen entweder *certae pecuniae* (wenn das Gesetz oder das Edikt die Strafsumme bestimmt genug vorgeschrieben hatte) oder *cum taxatione* war (ersterenfalls bestellte der Prätor einen *judex judicandae tantum rei*, letzterenfalls einen *judex constituendae poenae* ¹¹⁸⁾).

d. §. 10. Die zivilen Strafklagen?

Die zivilen Strafklagen werden, m. E. mit Unrecht, von manchen Gelehrten ebenfalls zu den *actiones cum taxatione* gezählt. Wir können hier drei Gruppen unterscheiden: 1. die

¹¹⁸⁾ D. h. et judicandae et aestimandae rei (intra taxationis fines).

actio furti, 2. die actio legis Aquiliae und 3. die übrigen civiles actiones poenales.

I. Die actio furti¹¹⁹⁾

soll nach der Ansicht Huschke's und Zimmern's cum taxatione gewesen sein. Es lassen sich auch für diese Ansicht einige Scheingründe anführen:

1. Bekanntlich beruht die actio furti *manifesti* (in quadruplum) ebenso, wie die actio injuriarum und vi bonorum raptorum, auf der Jurisdiktion des Prätors¹²⁰⁾ — während nach dem Gesetz der Zwölftafeln auf dem furtum manifestum Kapitalstrafe („pro capitali poena pecuniaria constituta“) stand —, es ist daher anzunehmen, dass der Prätor zwischen jener Klage¹²¹⁾ und den beiden letztgenannten actiones keinen erheblichen Unterschied gemacht, sondern der actio furti manifesti ebenso wie den actiones injuriarum und vi bon. rapt. eine condemnatio cum taxatione gegeben hat. Ferner wird konsequenter Weise der Prätor, nachdem er einmal der actio furti manifesti die taxatio verliehen hatte, keinen Anstand genommen haben, jener Klage die actio furti *nec manifesti* — welche allerdings eigentlich auf dem Zwölftafelgesetz¹²²⁾ beruhte, also *civilis* war, aber doch im Uebrigen sich von der actio furti manifesti nur durch die verschiedene Abmessung der Strafe (*in duplum*) unterschied — völlig gleich zu machen und auch der letzteren eine condemnatio cum taxatione zu geben (dass

¹¹⁹⁾ Zwölftafelgesetz (nach Bruns' fontes) tab. VIII. 12—18. XII. 2. — Gaj. III. 183—209. 157. II. 49. 50. 51. i. f. IV. 4. 75. 111. 173. Paul. Sent. II. 31. Collat. VII. Gell. N. A. XI. 18. Tit. Inst. 4, 1. §§. 18. 23. 25. 26 Inst. 4, 6. Tit. Dig. 47, 2. Cod. 6, 2. Das Wort „furtum“ wird in L. 1 pr. D. 47, 2 von ferre — *φέρειν* — abgeleitet. — In unserer Darstellung können — weil für die taxatio unerheblich — unberücksichtigt bleiben die actiones furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti. — Vgl. unten §. 12.

¹²⁰⁾ Gaj. III. 189. IV. 111. Pr. circ. fin. Inst. 4, 12. Cfr. Gell. N. A. XI. 18.

¹²¹⁾ Actio furti manifesti.

¹²²⁾ Festus v. Adorare und v. Nec. Gaj. III. 190. L. 55 §. 1 D. 26, 7. Gell. N. A. XI. 18 §. 15.

z. B. der Prätor sich auch mit der *actio furti nec manifesti* viel beschäftigt hat, erkennt man aus Gaj. III. 190 i. f.: „eamque“ — *dupli poenam* — „etiam praetor conservat“. — Diese ganze Argumentation ist natürlich rabulistisch. Richtig argumentirt man folgendermassen: Die *actio furti nec manifesti* ist eine *actio civilis* (beruht auf einer *lex*) und der Prätor wird an ihrer alten Natur nicht allein nichts geändert, sondern auch ganz nach ihrem Vorbilde die *actio furti manifesti* eingeführt haben (nur mit Veränderung der poena — ursprünglich Kapitalstrafe —, indem er das alte *duplum* der Zwölftafeln — für *furtum nec manifestum* — nochmals verdoppelte). Dass der Prätor an der alten Natur der *actio furti nec manifesti* nichts geändert — ihr also auch wohl die alte *condemnatio infinita* (in *duplum*) gelassen — hat, folgt z. E. aus Gaj. III. 190 i. f.; dass er nach ihrem Vorbilde die *actio furti manifesti* eingeführt hat, lässt sich z. B. einigermaßen beweisen durch den Umstand, dass er die *in factum actio furti manifesti* nicht — wie alle anderen *in factum actiones* — als eine *annalis actio*, sondern nach dem Vorbilde der alten *actio furti nec manifesti* (welche natürlich stets *perpetua* war) als eine *actio perpetua* einführte. Gaj. IV. 111. Pr. i. f. Inst. de perp. 4, 12: „*absurdum enim esse existimavit, anno eam terminari*“. Für ebenso absurd wird es jedenfalls der Prätor gehalten haben, der *actio furti manifesti* (im Gegensatz zur *actio furti nec manifesti*) eine *condemnatio cum taxatione* zu geben.

2. Vielleicht argumentirt Jemand so: Der Prätor wird jedenfalls bei der *actio furti* ebenso wie bei der *actio vi bonorum rapt.*, *injuriarum* und ähnlichen Klagen vom Kläger verlangt haben, dass dieser ihm *in jure* schon genau angebe, wie gross und wie beschaffen der ihm zugefügte Schade sei. Denn alle jene Klagen waren in gleicher Weise *infamierend* (Gaj. IV. 182. § 2 Inst. 4, 16. L. 1 D. 3, 2) und die L. 7 pr. D. de injur. 47, 10 sagt ausdrücklich: „*nemo debet vagari cum discrimine alienae existimationis*“, hinzufügend, aus diesem Grunde müsse jeder Kläger (bei einer *famosa actio*, insbesondere bei der *actio injuriarum*) vor dem Prätor *in jure* schon „*certum specialiter*“ aussagen, welcher Schade ihn be-

troffen habe (schien dem Prätor der Schade erheblich genug, so wurde dem Kläger die *actio*, das *judicium* erteilt; anderenfalls wurde es verweigert, *denegirt*). Ähnliche Vorschriften finden sich in einigen das *furtum* speziell betreffenden Stellen; so in Paul. Sent. II. 31 §. 22: „Qui furtum quaesiturus est, antequam quaerat, *debet dicere, quid quaerat, et rem suo nomine et sua specie designare*“ — es darf hier jedoch gleich der Einwand eingeschaltet werden, dass sich diese Stelle auf die *furti actio* gar nicht bezieht, indem zwischen dem „furtum quaerere“ und „de furto agere“ ein grosser Unterschied besteht ¹²³⁾ — und in L. 19 pr. D. 47, 2: „In actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intellegi“; sowie in L. 19 §. 1–4, L. 52 §. 25 D. eod. Jedenfalls wurde das „rem demonstrari“ — „suo nomine et sua specie“ — bei der *actio furti* deshalb vom Kläger verlangt, weil der Prätor einer solchen *rei designatio* seitens des Klägers zur Aufstellung einer *taxatio* bedurfte. Denn wenn der Prätor nur eine einfache *condemnatio incertae pecuniae infinita* („q. e. r. e., tantae pecuniae duplum iudex“ rel.) in die Formel setzen wollte, so war es unmotiviert, schon *in jure* eine so genaue Designation der gestohlenen Sache zu verlangen. — Diese Argumentation ist ebenfalls sehr leicht zu widerlegen. Der Prätor musste deshalb *in jure* schon eine genaue Angabe und Beschreibung der *res furto absens* verlangen, weil auf Grund jener Beschreibung die *demonstratio* der Formel — in dieser mussten angegeben sein: *nomen, species, numerus, materia, color* und sonstige Unterscheidungsmerkmale der gestohlenen Sache ¹²⁴⁾ — konstruiert werden musste. Dem *iudex* fehlte zur Entscheidung des Streites und zur event. Abschätzung der Sache jeder sichere Anhaltspunkt, wenn jene genauen Angaben in der *demonstratio* fehlten; die ganze *formula* konnte ihm

¹²³⁾ Das „furtum quaerere“ (vgl. Paul. Sent. II. 31 §. 23. Gaj. III. 192–193) pflegte der Klage vorherzugehen.

¹²⁴⁾ Beispiele: „Quod NN^{us} AA^o furtum fecit *patherae aureae — vestis rubrae — lancis aenei — argenti infecti decem pondo (ponderum) — nummorum HS. decem milium — vini quinque amphorarum* —, qua de re agitur“ (si paret ob e. r. NN^m AA^o pro fure damnum decidere oportere rel., als *intentio* etc. sich anschliessend).

in diesem Falle nichts nützen. Gerade mit dieser Auffassung der Sache stimmt auch die oben angef. L. 19 D 47, 2 (Paul. Sent II. 31 §. 22 gehört, wie oben angedeutet ist, überhaupt nicht hierher; event. jedoch stimmt auch dies Fragment seinem Wortlaut nach ¹²⁵⁾ völlig zu unserer Auffassung) in schlagender Weise überein, indem sie sagt: „In actione furti *sufficit rem demonstrari, ut possit intelligi*“, und weiterhin: „*de pondere . . . vasorum non est necesse loqui*“ (das *pondus rei*, als zur Aestimation gehörig, kommt erst *in judicio* in Frage). An keiner Stelle wird dem Kläger vorgeschrieben, *in jure* schon die Sache abzuschätzen, über das „*verum rei pretium*“ (L. 50 pr. D. 47, 2) Angaben zu machen, die *rei aestimatio* zu designiren (was doch für die *taxatio* unbedingt nothwendig sein würde), sondern es wird ihm stets nur das *ipsam rem* (bezw. *rei nomen, speciem, numerum* ¹²⁶⁾, *colorem*) *demonstrare* oder *designare* zur Pflicht gemacht. Daher ist anzunehmen, dass die Abschätzung der Sache erst *in judicio* erfolgte und dass die *condemnatio* der Formel eine *infinita* war.

Soviel zur Wiederlegung etwaiger gegnerischer Einwürfe. Positiv lässt sich für unsere Ansicht noch Folgendes sagen:

1. Was hatte der *judex* bei der *actio furti* abzuschätzen? Die L. 50 pr. D. h. t. 47, 2 antwortet: Das „*verum rei pretium*“ (welches dann *poenae causa* noch zu vervielfachen war). Wir haben oben gesehen, dass bei den *actiones cum taxatione* — z. E. bei der *injuriarum* und *vi bon. rapt. actio* — die *taxatio* vermuthlich auch deshalb eingeführt war, weil der Prätor Grund hatte, die Abschätzung bei jenen Klagen für so schwierig zu halten, dass sie dem *judex*

¹²⁵⁾ „... debet dicere, quid quaerat, et rem suo nomine et sua specie designare.“ — Auch dies könnte sich event. nur auf die *demonstratio* beziehen.

¹²⁶⁾ L. 52 §. 25 D. h. t. 47, 2: „... si linea margaritarum surrepta sit, dicendus est numerus... si de vino furti agatur, necesse est dici, quot amphorae surreptae sint... (si) vasa surrepta sint, numerus erit dicendus.“ Denn der *numerus margaritarum, amphorarum, vasorum* gehörte in die *demonstratio*. Von einer Abschätzung der Sache *in jure* ist nirgends die Rede.

nicht allein überlassen werden durfte. War auch die Abschätzung jenes „verum rei pretium“ bei der actio furti so schwierig, dass der Richter sie nicht ohne die Unterstützung der taxatio vornehmen konnte? Gewiss nicht! Die aestimatio bei der furti actio war mindestens ebenso leicht wie diejenige bei gewöhnlichen reipersekutorischen Klagen; die *condemnatio* bei der furti actio wird daher ebenso, wie diejenige der (nicht auf certa pecunia gerichteten) reipersekutorischen Klagen, *infinita* gewesen sein. Vgl. oben S. 70 f. sub 2a. — Und wenn doch bei der Abschätzung der res furto absens sich in judicio einmal Schwierigkeiten zeigten, so bot sich auch für diese Fälle dem judex ein vortreffliches, die taxatio des Prätors völlig entbehrlich machendes Hilfsmittel. Denn:

2. Javolenus sagt in L. 9 D. *de in lit. jur.* 12, 3: „Quum furti agitur, *jurare*“ (nämlich *in litem*) „ita oportet, tanti rem fuisse, quum furtum factum sit“ etc., und deutet damit an, dass bei der furti actio nöthigenfalls das *jusjurandum in litem*¹²⁷⁾ zur Anwendung gelangte (besonders vielleicht in den Fällen, wo die res surrepta vor der Restitution zu Grunde gegangen war und sich ausser dem *jusjurandum in litem* kein brauchbares Beweismittel für die Grösse des verum rei pretium finden liess; vgl. L. 5 §. 4 L. 6 D. 12, 3). Cfr. L. 9 §. 1 i. f. D. 47, 2. Wenn in jure schon eine taxatio stattgefunden hätte, so würde diese auch im Falle des Unterganges der Sache das juramentum in litem völlig ersetzen können (da ja der Richter dann im Nothfalle nur auf die Taxationssumme oder etwas weniger zu kondemniren brauchte).

Die Formel der actio furti lautete nun m. E. folgendermassen: „J. E. Quod NNus furtum fecit paterae aureae, qua de re agitur¹²⁸⁾, si paret ob eam rem¹²⁹⁾ NNm pro fure damnum

¹²⁷⁾ Vgl. oben S. 22 f. Unten §. 12 gegen Ende.

¹²⁸⁾ Diese *demonstratio* scheint mir für eine *civilis* actio (also mindestens für die actio furti *nec manifesti*) passender zu sein, als die (vgl. Rudorff röm. Rsgesch. Bd. II. und *Ed. perp. quae rel. sunt* pag. 134) manchmal vorgezogene *intentio in factum* concepta. Vgl. L. 19 pr. D. p. t. 47, 2. Die von Rudorff l. c. aufgestellte Formel ist von der obigen wesentlich verschieden (sie bezieht sich nur auf das furtum *manifestum*).

¹²⁹⁾ Rudorff a. a. O. und Gaj. IV. 37: „quam ob rem eum . . . oportet“.

*decidere oportere*¹³⁰⁾, *quanti ea res fuit*¹³¹⁾, *ejus*¹³²⁾ *judex NNm AAo*¹³³⁾ *duplum (quadruplum)*¹³⁴⁾ *condemna. Si non paret absolve.*“ Vgl. besonders Rudorff ed. perp. rel. §. 134.

III. Die actio legis Aquiliae¹³⁵⁾

scheint ebenfalls eine *condemnatio incertae pecuniae infinita* gehabt zu haben¹³⁶⁾, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Sie war hervorgegangen aus einem Plebiszit (vermuthlich a. u. 468), also eine *actio civilis*, und hatte ausserdem viele Aehnlichkeit mit den *actiones stricti juris*¹³⁷⁾. In bei-

¹³⁰⁾ Gaj. IV. 37. 45. L. 61 §. 1—3. 5 D. h. t. 47, 2. Festus vv. Duplionem, Vindiciae, Sarcito, Rupitias, Nec. Zwölftafelgesetz (nach Bruns) tab. VI. 2. 8. VIII. 5. 9. 16. 18. XII. 3. Lex Rubria cap. XXII. — Vgl. Gaj. IV. 107: „*quae juris civilis habet intentionem.*“ Gaj. IV. 2: „*praestare.*“ L. 37 pr. D. 38, 1. L. 3 pr. D. 44, 7. §. 1 Inst. 4, 6: „*et aliis quibusdam modis.*“ — Ueber das „*ex pacto pro fure damnum decidere*“ vgl. L. 7 pr. D. 13, 1. L. 46 §. 5 D. 47, 2. L. 13 Cod. 6, 2.

¹³¹⁾ Nämlich entweder zur Zeit des furtum oder „*tunc, quum pretiosior facta sit*“ (L. 50 pr. 52 §. 28 L. 67 §. 1 cfr. L. 80 §. 1 D. h. t. 47, 2; über die *condictio furtiva* vgl. L. 8 §. 1 D. 13, 1). — Rudorff a. a. O. gebraucht hier die Worte: „*quanti eam rem paret esse*“, wendet also das „*paret*“ in seiner Formel zweimal an.

¹³²⁾ Rudorff a. a. O.: „*tantae pecuniae.*“

¹³³⁾ Ueber die Stellung des „*NNm AAo*“ vor der *summa condemnationis* vgl. oben Anm. 63.

¹³⁴⁾ Rudorff l. c.: „*dupli, quadrupli.*“ Ueber diesen Unterschied vgl. oben S. 19.

¹³⁵⁾ De damno injuria dato. — Gaj. III. 210—219. 182. 202. IV. 37. 76. 109. Tit. Inst. 4, 3. Dig. 9, 2. Collat. XII. 7. Vgl. Paul. Sent. V. 20.

¹³⁶⁾ Denn das „*quanti is homo in eo anno (in XXX. diebus proximis) plurimi fuit*“ ist, wie oben S. 15 schon erwähnt wurde, keine (*incerta*) *taxatio*.

¹³⁷⁾ Vgl. z. E. L. 2 pr. i. f. L. 27 §. 5 i. f. D. 9, 2: „*tantum aes dare . . . damnas esto*“ mit Gaj. II. 201. Paul. Sent. III. 6 §. 6 (*Damnationslegat*). Oben S. 38 f. u. Anm. 51. (L. 9 pr. §. 1 D. 12, 1. Rubra Coll. II. 4 et XII. 7.) L. un. D. de cond. ex lege 13, 2. — Ihre Formel scheint besonders mit derjenigen der *condictio furtiva* Aehnlichkeit besessen zu haben. Die *condemnatio* der letzteren Klage lautete: „*q. e. r. unquam plurimi fuerit*“ (L. 8 §. 1 D. 13, 1), die der *actio legis Aquiliae*: „*q. e. r. in eo anno — in XXX. diebus prox. — plurimi fuerit rel.*“ Beide *Konemnationsarten* waren *infinitae*.

den Beziehungen — als *civilis actio* ¹³⁸⁾ und als eine den Kondiktionen sehr ähnliche Klage — konnte sie keine *condemnatio cum taxatione* haben. — Sie ist keine *condictio* oder *actio certi* ¹³⁹⁾, sondern sowohl ihre *condemnatio* als ihre *intentio* ¹⁴⁰⁾ waren *incertae* (vgl. oben Note 49 S. 38 f.). — Nichts-

138) Hier gilt für sie Vieles von dem über die *actio furti nec manifesti* bereits Gesagten. Vgl. oben.

139) Nicht zu verwechseln mit *condictio* oder *actio certae pecuniae* (oben S. 20. ff.). Savigny, Syst. V. S. 622 ff., hält freilich „*certi condictio*“ und „*condictio certae pecuniae*“ für gleichbedeutend, aber ihm widerspricht schon L. 9 pr. D. 12, 1: „*Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur.*“ Ich habe daher auch oben bereits die *certi condictio* als eine *condictio de omni certa re* behandelt (vgl. Gaj. IV. 19 i. f.). —

140) Allein auf die *intentio* (weil diese das eigentliche Wesen der *actio* ausmacht), nicht aber auf die *condemnatio* kommt es bei den Ausdrücken „*certi*“ und „*incerti*“ *actio* (*condictio*) an. Vgl. Gaj. IV. 53 „*Si quis intentione plus complexus fuerit*“ etc. mit Gaj. IV. 54: „... in *incertis formulis*“ (d. h. in Formeln mit *incerta intentio*) „plus peti non posse“. Cfr. Gaj. IV. 52. 52a i. f. (nach Huschke's Konjektur). So z. B. lautete die *intentio* bei *condictiones triticariae certi*: „*Si p. N. A. Stichum hominem*“ (oder „*fundum Cornelianum*“) „d. o.“, war also *certa*; dagegen die *condemnatio*: „*qu. e. r. e., tantam pecuniam*“ rel.; diese war also *incerta*. Ebenso lautete bei der *rei vindicatio* (*actio certi*) die *intentio*: „*Si p. fundum Cornelianum* (oder „*hominem Stichum*“) „*ex jure Quir. AAI esse*“, war also *certa*; die *condemnatio* dagegen war *incerta* und lautete „*qu. e. r. e., tantam pecuniam*“ rel. Dagegen die *intentio* der *actio legis Aquiliae* war ebensowohl wie die *condemnatio* eine *incerta* (vgl. oben Not. 49 u. unten S. 91. 93). Die Klage selbst war demnach eine *actio incerti* (und zugleich *incertae pecuniae*). Weshalb Rudorff, röm. Rsgesch. II. S. 359 ff., die Klage aus der *lex Aquilia* nicht schlechthin eine *actio incerta*, sondern nur die Klagen aus dem zweiten und dritten Kapitel der *lex actiones incertae* nennt, ist nicht einzusehen. Sowohl die Klage aus dem ersten Kapitel als diejenigen aus dem zweiten und dritten Kapitel der *lex Aquilia* hatten eine *intentio incerta*, d. h. eine *intentio*, aus welcher das „*quid quale quantumque*“, die „*species vel quantitas, quae in obligatione versatur*“, *) nicht genügend hervorging.

Im Allgemeinen lassen sich über die Bedeutung der Ausdrücke: „*actio certi* — *incerti*; *actio certae* — *incertae pecuniae*“ noch folgende Thesen

*) L. 6 D. 12, 1. L. 74. 75 D. 45, 1. L. 9 D. 12, 1. L. 6 D. 6, 1.

destoweniger war ihre *condemnatio* eine *infinita* (vgl. über das scheinbar entgegenstehende „*velut si incertum*“ des Gajus oben S. 25). Dies gilt jedoch nicht allein von der *civilis legis Aquiliae actio*, sondern auch von der *actio in factum* (§. 16 i. f. Inst. 4, 3. L. 9 §. 2. 3 L. 27 §. ult. L. 29 §. 7 L. 33 §. 1 L. 53 D. 9, 2. L. 11 D. 19, 5) oder *utilis* (L. 11 §. ult. L. 25 §. 1 D. 9, 2. §. 16 Inst. 4, 3. Gaj. III. 202. 219), welche der Prätor nach dem Vorbilde der alten *actio legis Aquiliae* einführt. Denn bei dieser Klage wird der Prätor nicht so weit von der Natur der *civilis legis Aqu. actio* abgewichen sein, dass er jener eine *condemnatio cum taxatione* gegeben hätte. (Hiermit korrespondirt das oben S. 82 über die *actio furti manifesti* Gesagte).

2. Wir finden daher auch im Gajus, welcher bei der *injuriarum actio* (III. 224) der *taxatio* eine so eingehende Betrachtung widmet, bei der *actio legis Aquiliae* eine *taxatio* nicht erwähnt. Im Gegentheil sagt Gaj. III. 210. 214. 215. 218 ausdrücklich Folgendes: Die Klage aus dem ersten Kapitel der *lex Aquilia* geht auf das „*q. e. r. in eo anno plurimi fuerit*“

aufstellen, welche einander logisch bedingen: 1. Mit Rücksicht auf die *intentio* — ohne Berücksichtigung der *condemnatio* — werden in den Quellen unterschieden die *actiones certi* und *incerti* (*conditiones* einbegriffen). 2. Mit Bezug auf die *condemnatio* werden unterschieden die *actiones* (einschliesslich der *conditiones*) *certae pecuniae* und *incertae pecuniae*. 3. Wo die *intentio* eine *incerta* ist, ist stets auch die *condemnatio* eine *incerta*, aber nicht umgekehrt. Gaj. IV. 68 i. f. 4. Deshalb ist jede *actio incerti* zugleich eine *actio incertae pecuniae*, aber nicht umgekehrt auch jede *actio inc. pec.* auch eine *actio incerti* (sondern sie kann auch *certi*, darf jedoch nie *certae pecuniae* sein). 5. Jede *actio certae pecuniae* ist zugleich eine *actio certi* — weil jede *certa condemnatio* eine vorherige *certa intentio* verlangt —, aber nicht umgekehrt; sondern: 6. Die *actiones certi* zerfallen in *actiones certae pecuniae* und *actiones (alius certae rei mit einer condemnatio) incertae pecuniae* (und die letzteren mit *condemnatio infinita*). 7. Eine *taxatio* findet sich nur bei einigen, nicht bei allen, *actiones incerti* (nämlich den prätorischen Strafklagen, welche in der *intentio* zwar das Vergehen, z. B. die erhaltene Ohrfeige, aber nie das eigentliche *petitum*, die Strafe, angeben), dagegen nie bei *actiones certi*.

— nicht aber auf das „*dumtaxat q. e. r. in eo*“ rel.¹⁴¹⁾ —, diejenige aus dem zweiten Kapitel¹⁴²⁾ der lex einfach auf das „*quantum ea res erit*“ oder „*est*“ (ebenfalls ohne „*dumtaxat*“) ¹⁴³⁾ und diejenige aus dem dritten Kapitel lediglich auf das „*quantum in diebus XXX proximis ea res fuerit*“ (hier fehlt das „*plurimum*“) ¹⁴⁴⁾. —

Es bleibt noch übrig, eine besondere Eigenthümlichkeit der *actio legis Aquiliae* zu erwähnen, welche angedeutet ist in *L. 25 § 2 L. 26 D. h. t. 9, 2* (Ulpian und Paulus):

„Notandum, quod in hac actione, quae adversus *confitentem* datur, iudex non rei *judicandae*, sed *aestimandae* datur, nam nullae partes sunt iudicantis in confitentes; — 26 — puta enim, quod qui convenitur, fateatur se occidisse, et paratus sit aestimationem solvere, et *adversarius magni litem aestimat*“ ¹⁴⁵⁾.

Die angef. Fragmente beziehen sich beide auf die *legis Aqu. actio* „adversus *confitentem*“ ¹⁴⁶⁾ — in *simpulum* — und stehen mit einander in engem Zusammenhange. Die *L. 25 §. 2* cit. sagt, bei der *confessoria* ¹⁴⁶⁾ *legis Aquiliae actio* werde der iudex nicht zur Entscheidung des Streites selbst — rei *judicandae* —, sondern nur zur Abschätzung des Streito b-

¹⁴¹⁾ Was doch arg. Gaj. IV. 51. 43 bei einer condemn. cum taxatione nothwendig sein würde.

¹⁴²⁾ §. 12 Inst 4, 3: „in usu non est“. Man konnte jetzt „post mortem stipulari“.

¹⁴³⁾ Das „*quantum ea res est (erit)*“ ohne „*dumtaxat*“ war so zu sagen der terminus technicus für die condemnatio incertae pecuniae *infinita*.

¹⁴⁴⁾ Die meisten Rechtsgelehrten, welche bezüglich der *furti actio* der festen Ansicht sind, sie habe eine condemnatio cum taxatione gehabt, geben merkwürdigerweise zu, dass die *actio legis Aquiliae* eine condemnatio *infinita* erhalten habe. Vgl. z. E. Huschke, de taxat. p. 272. Und doch scheint auf den ersten Blick *Quintil. (M. Florus) Decl. 13, 4* dagegen zu sprechen. Diese Stelle wird des Zusammenhanges wegen weiter unten erörtert werden.

¹⁴⁵⁾ Vgl. Glück, Erläuter. der Pand. XII. S. 419.

¹⁴⁶⁾ Die *actio de damno injuria dato* „adversus *confitentem*“ wird im Text fortan der Einfachheit halber die „*confessoria legis Aquiliae actio*“ genannt werden.

jekts bestellt¹⁴⁷⁾, und die L. 26 cit. fügt hinzu, bei derselben Klage habe der Kläger „*magni*“, d. h. zu hoch, das Streitobjekt abgeschätzt.

Die beiden Stellen sind folgendermassen auszulegen: Bei der *confessoria legis Aquiliae actio* schätzte der Kläger *in jure*, nachdem daselbst zuvor seitens des Beklagten die *confessio* (und die Erklärung der Bereitwilligkeit zur Zahlung der angemessenen *rei aestimatio*¹⁴⁸⁾) erfolgt war, das Streitobjekt — die *res quae damno perit* — ab, worauf der Prätor zunächst untersuchte, ob der Beklagte mit der klägerischen *aestimatio* einverstanden sei (*actor an aestimaverit „magni“ necne*). Je nach dem Ausfalle dieser Untersuchung¹⁴⁹⁾ entschied sich der weitere Verlauf der Sache.

1. Erschien die klägerische *aestimatio* dem Schuldner angemessen (nicht zu hoch gegriffen, nicht „*magni*“), so war kein *judicium* mehr erforderlich; denn in diesem Falle war sowohl der *judex judicandae rei* als der *judex aestimandae rei* entbehrlich¹⁵⁰⁾ (zumal da ja der Schuldner sich zur Zah-

¹⁴⁷⁾ „*Confessus pro judicato est.*“ Paul. Sent. V. 5(a) §. 2. L. 1. 3 i. f. 4 i. f. 6 pr. D. 42, 2. L. 56 i. f. D. 42, 1. L. 4 Cod. 6, 31. L. un. Cod. 7, 59.

¹⁴⁸⁾ Nach L. 26 cit. ging diese Erklärung des Schuldners der gegnerischen *aestimatio* jedenfalls voraus.

¹⁴⁹⁾ Der Prätor wird dabei die speziellen Angaben des *reus* wohl berücksichtigt haben. Er hatte in diesem Verfahren ungefähr die Stellung des heutigen Sühnerichters (nämlich nach manchen Prozessordnungen entweder des Gemeindevorstehers oder des Amtsrichters, je nach der Werthklasse), indem er entgegennahm a) die Erklärung des Schuldners, dass dieser bereit sei zur Zahlung einer (angemessenen) *rei aestimatio*, und b) die klägerische Abschätzung des Streitobjekts; indem er sodann über die letztere den Schuldner sich erklären liess und event. dem (Sühne-) Kläger Vorschläge zur Herabminderung der *aestimatio* machte. Nahm letzterer im Einverständniss mit dem Schuldner diese Vorschläge an, so war damit der Sühneversuch als gelungen zu betrachten und der Streit beendet. Nahm er sie nicht an (oder trat nicht etwa der Schuldner der klägerischen *aestimatio* freiwillig noch bei), so gelangte die Sache in das *judicium* (ging den Weg Rechts, kam zum Prozess).

¹⁵⁰⁾ Vgl. L. 1, 3 i. f. 6 pr. D. 42, 2. L. 25 §. 2. 26 D. cit. 9, 2. Oben Note 147.

lung der aestimatio bereit erklärt hatte; nach der beklag-tischerseits gebilligten Abschätzung und nach der Akzeption jener schuldnerischen Erklärung seitens des Klägers lag ein vollständiger Vergleich vor).

2. Wenn dagegen der Schuldner die klägerische Abschätzung für zu hoch gegriffen hielt („et adversarius magni litem aestimat“), so kassirte der Prätor dieselbe und be-traute den *judex* (*rei aestimandae* ¹⁵¹) mit der Abschätzung des Streitobjekts nach freiem Ermessen ¹⁵²), indem er der Formel eine *condemnatio incertae pecuniae infinita* (nicht etwa cum taxatione) ertheilte ¹⁵³). Die Formel lautete in solchem Falle etwa so ¹⁵⁴):

„J. E. Quod NNs Stichum AAi servum injuria se occi-disse confessus est, q. d. r. a. ¹⁵⁵), quanti paret eum servum in eo anno plurimi fuisse ¹⁵⁶), tantam pecuniam ¹⁵⁷) judex NNm AAo c. s. n. p. a.“

¹⁵¹) L. 25 §. 2 cit.: „nam nullae partas sunt judicanti in confitentes.“ Vgl. Not. 150.

¹⁵²) Der Prätor konnte unmöglich eine *taxatio* der Formel einfügen. Denn die Aestimation des Klägers war zur *taxatio* unbrauchbar, weil Kläger nach beklagtischem Dafürhalten „magni“ ästimirt hatte; und zur Ermittlung einer anderen *taxatio*, als der klägerischerseits aufgestellten und vom Beklagten gemissbilligten, wäre ein weitläufiges Beweisverfahren *in jure* nothwendig gewesen, welches sodann den *judex* *rei aestimandae* wieder überflüssig gemacht haben würde. — Vgl. auch oben S. 86 unter 1 und S. 88 unter 2.

¹⁵³) Gerade als hätte eine klägerische aestimatio *in jure* überhaupt nicht stattgefunden. So auch Rudorff in dem Anm. 154 zitierten Werk.

¹⁵⁴) Cfr. Rudorff, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, 1869, §. 69 p. 82.

¹⁵⁵) *Demonstratio*. Rudorff l. c. lässt das „q. d. r. a.“ aus.

¹⁵⁶) *Intentio*. Rudorff l. c. konstruirt mit Weglassung des paret fol-gendermassen: „quanti is servus in eo anno plurimi fuit,“ so dass seine Formel eine — erkennbare — *intentio* nicht enthält (man kann das „qu. is s. in e. a. plur. fuit“ nur als Theil der *condemnatio* auffassen) und bei ihr nicht zu enträthseln ist, worauf das am Schlusse stehende „s. n. p. a.“ eigentlich gehen soll. — Die im Text formulirte *intentio* gab dem *judex* lediglich das officium *aestimandi*, nicht das off. *judicandi*.

¹⁵⁷) Vgl. oben S. 19. Rudorff l. c. zieht *tantae pecuniae* vor, obgleich er auf derselben pag. 82 in der ersten Formel ex capite *tertio* leg. Aqu. „tantam pecuniam“ sagt (ebenso in der Noxalformel sub III.).

Nach dieser Formel war die Aestimation des judex in keiner Weise beschränkt. Natürlich durfte er auch hier nicht gegen die Verhandlungsmaxime verstossen durch Ueberschreitung des klägerischen petitum.

Das sonach ermittelte Resultat, dass die actio legis Aquiliae confessoria eine condemnatio *infinita* enthalten haben muss, kann nicht etwa in Frage gestellt werden durch die — juristisch überhaupt wenig verwerthbare ¹⁵⁸⁾ — Stelle im 4 Kap. des 30 Buches der *Declamationes M. Flori* (*Quintiliani?*) ¹⁵⁹⁾, welche ¹⁶⁰⁾ über die actio „damni per injuriam dati“ *confessoria* ¹⁶¹⁾ handelt und folgendermassen lautet:

„An ¹⁶²⁾ viminis modo vilisque texti pretium formula taxassem, et perinde agerem, quasi inanes perdidissem? Nisi fallor, esset aestimatio et apum“,

und im 6. Kapitel desselben Buches:

„Quod si mihi fortuna vel ingenii vires vel suas dedisset, crimen istud non *privatam taxationem formulae* merebatur.“

M. Florus spricht schlechtweg von *taxare* und *taxatio*, aber er meint damit gewiss nicht die bei der *condemnatio* übliche *taxatio* des Gajus (IV. 51. 43. III. 224), sondern er hat eine ganz andere *taxatio* vor Augen. [In der klassischen Zeit ¹⁶³⁾ werden überhaupt die Worte „formula“, „actio“, „agere“, nicht selten in dem Sinne und mit der Bedeutung von „*intentio*“,

¹⁵⁸⁾ Selbst wenn die Stelle für unsere *taxatio* irgendwie von Bedeutung wäre (sie kann die *taxatio* des Gajus überhaupt nicht einmal kennen), würde sie gegen die S. 86 u. 88 sub 1 und 2, Note 152 angeführten Gründe nicht aufkommen.

¹⁵⁹⁾ Vgl. Teuffel, *Gesch. der röm. Litteratur*, Leipz. 1870, S. 652.

¹⁶⁰⁾ Wie überhaupt das ganze 30. Buch.

¹⁶¹⁾ „Nam coarguendis quidem criminibus quis labor est *adversus confitentem*? Habent divites hoc quoque contra nos contumeliosum, quod *non tanti videmur, ut negent*. Porro qui *confessum* defendit“ etc. Decl. l. c.

¹⁶²⁾ Nämlich „si mihi alvi furto abessent“. (Diebstahl von Bienenstöcken).

¹⁶³⁾ Also besonders bei Gajus, dessen Institutionen ja das einzige, einigermaßen vollständige litterarische Denkmal der klassischen Jurisprudenz, insbesondere des römischen Zivilprozesses, sind.

(nie aber von „*condemnatio*“) gebraucht. Gaj. IV. 2: „*In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus . . . , id est, cum intendimus*“ rel. IV. 3: „*In rem actio est, cum . . . intendimus*“ rel. Gaj. IV. 5. 33. 34. Vgl. Gaj. IV. 53 ff. 57. So auch bei *M. Florus*.] Ueber die Bedeutung der *taxatio* bei *M. Florus* (Quintilian) vgl. Huschke de *taxat.* p. 272: „*exactio*“ oder „*executio*“ (cfr. L. 7 §. 1 D. 47, 10. L. 2 §. 1 D. 47, 8) oder aber die vom *judex* vorgenommene *rei aestimatio* („*hoc est, condemnationem pecuniariam*“).

Auf die *actio legis Aquiliae contra infitiantem* — *in duplum* — finden die L. 25 §. 2 L. 26 D. cit. 9, 2 und *M. Flori Declam.* XIII. 4. 6 keine Anwendung. Bei ihr hatte der *judex* sowohl das *judicandi* als *aestimandi* officium. Ihre Formel war also folgende (vgl. Rudorff, ed. perp. etc. §. 69 p. 82):

„*Si paret Stichum AAi servum a NNo injuria occisum esse*“ (quamobrem NN^{um} ex lege Aquilia duplione — dupli, duplo ¹⁶⁴) — *damnum decidere oporteret?*), „*quantis is homo in eo anno* ¹⁶⁵) *plurimi fuit* ¹⁶⁶), *tantae pecuniae judex NN^m AAo duplum* ¹⁶⁷) c. s. n. p. a.“

■■■. Die übrigen zivilen Strafklagen.

Die sämtlichen zivilen Pönalklagen hatten m. E. — als von der praetoris auctoritas unabhängig und den stricti juris actiones grösstentheils sehr ähnlich — eine *condemnatio incertae*

¹⁶⁴) Vgl. Festus v. *Vindiciae*. Ueber den Zusammenhang des alten Satzes: „*Lis inficiando crescit in duplum*“ (Paul. Sent. I. 19, cfr. 17 §. 4. Gaj. II. 282. III. 127. 216. IV. 9. 171, cfr. 102. §. 7 Inst. 3, 27. §. 1 Inst. 4, 16. L. 2 §. 1. L. 23. §. 10 D. 9, 2) mit der noch älteren *manus injectio* (Gaj. IV. 21—25) vgl. u. a. Rudorff in d. Ztschr. f. gesch. Rswiss. Bd. XIV. Nr. 9 (S. 287 ff.).

¹⁶⁵) Rückwärts („*retrorsus*“) gerechnet. Vgl. L. 21 §. 1 D. p. t. 9, 2. Diese und die folgende Note sind auch auf den desbezüglichen Passus der konfessorischen Formel (S. 91) zu beziehen.

¹⁶⁶) So aus dem ersten Kapitel der lex. Aus dem zweiten: „q. e. r. e.“ (aber vgl. Note 142) und aus dem dritten: „q. e. r. in diebus XXX. proximis plurimi fuit“. Cfr. Rudorff l. c.

¹⁶⁷) Rudorff l. c.: „*in duplum*“. Vgl. oben S. 19.

pecuniae infinita (in Betracht kommen können hier natürlich nur diejenigen, für welche im Gesetz keine *poena certae pecuniae* aufgestellt ist). Die Quellen erwähnen daher auch bei zivilen Pönalklagen eine *taxatio* nicht. Im Uebrigen sind viele von den bei der *furti* und *legis Aquiliae actio* für unsere Ansicht schon angeführten Gründen auch hier zutreffend¹⁶⁸).

Im Einzelnen gehören hierher folgende, grösstentheils auf dem Zwölftafelgesetz beruhende, Klagen¹⁶⁹): *Arborum furtim caesarum*¹⁷⁰), *in duplum actio contra eum (impubem), qui „frugem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse“ dicitur*¹⁷¹), *actio adversus eum, qui fruges excantassit quive alienam segetem pellexerit*¹⁷²), *contra eum, qui casu „aedes*

¹⁶⁸) Unsere Rechtsgelehrten sind meistens der Ansicht, dass alle Pönalklagen (sowohl prätorische als zivile; einige nehmen noch die *actio legis Aquiliae* aus) eine *condemnatio cum taxatione* hatten. So sagt Huschke *de tax. p.* 272 (nachdem er vorher der *legis Aqu. actio* mit Recht, aber mit unzutreffender Begründung, eine *condemnatio infinita* vindiziert hat): „*Caetera*“ (ausser den vorher erörterten vier Klagen) „*privata delicta, exceptis iis, quibus certa poenae summa ... statuta est, fere omnia cum taxatione exequenda sunt*“ etc. Vorsichtig sagt Huschke: „*fere omnia*,“ macht jedoch dadurch seine ganze Doktrin zu einer sehr unsicheren (denn welche Klagen soll man sich als durch das „*fere*“ ausgeschlossen denken?). Die Ansicht, dass jedenfalls die *taxatio* bei Einer bestimmten Gattung von Klagen, und bei dieser ohne Ausnahme, zur Anwendung gelangt sei (vgl. oben S. 66 sub II.), wird demnach von Huschke nicht gebilligt.

¹⁶⁹) Unberücksichtigt bleiben kann hier ein altes Gesetz von Numa Pompilius, wonach die *poena* für unbeabsichtigte Tödtung eines Menschen in einem Widder bestand (*Serv. in Virg. Buc.* 4, 143; *Georg.* 3, 387. Vgl. *Bruns' fontes* p. 9); nicht hierher gehören die ebenfalls auf dem Zwölftafelgesetz beruhenden, aber reipersekutorischen *actiones* (*de rupitiis sarcieendis, viae rejectae, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, de pastu*).

¹⁷⁰) *Gaj. IV. 11. Plin. hist. nat.* 17, 1: „*lueret in singulas aeris XXV.*“ *Zwölftaf. VIII. 11. Paul. Sent. II. 31 §. 25*: „*in duplum*“ (vgl. weiterhin im Text sub I.). Cfr. *Paul. Sent. V. 20 §. 6. Tit. Dig. 47, 7. L. 28 §. 6 D. 12, 2. L. 27 §. 26 D. 9, 2.*

¹⁷¹) *Plin. hist. nat.* 18, 3 §. 12. *Zwölftafelges. tab. VIII. 9.*

¹⁷²) *Plin. hist. nat.* 28, 2 §. 10. 17. *Senec. nat. quaest.* 4, 7. *Serv. in Verg. Bucol.* 8, 99. *Zwölftaf. VIII. 8.* Strafe unbekannt. Vielleicht Kapitalstrafe?

acervumve frumenti juxta domum positum combusserit“¹⁷³), in duplum actio de tigno juncto¹⁷⁴). — Die meisten dieser alten actiones juris civilis¹⁷⁵), welche entweder auf Kapitalstrafe oder auf eine *poena certae pecuniae* (in diesen beiden Fällen konnte von einer *taxatio* keine Rede sein) oder auf eine unbestimmte (meistens durch das Mehrfache des *damnum datum* ausgedrückte) Strafe — mit *condemnatio infinita* — gerichtet waren, verschwanden mit der Zeit aus der Praxis¹⁷⁶), so dass in der klassischen Zeit von denselben nur noch zwei übrig waren: I. Die *actio arborum furtim caesarum*, jetzt nicht mehr auf XXV asses für jede einzelne arbor succisa, sondern in duplum (Paul. Sent. II. 31 §. 25. L. 7 §. ult. D. h. t. 47, 7). Das hier zu Grunde liegende Delikt vereinigte in sich die Natur des *furtum* („furtim“ *caesarum*; vgl. Paul. Sent. l. c.: „per furtum“) und des *damnum injuria datum* („caesarum“, *injuria cecidisset*“; vgl. L. 27 §. 26 D. 9, 2. L. 28 §. 6 D. 12, 2). II. Die *actio de tigno juncto*, mit einer *infinita in duplum condemnatio* (nach dem Vorbilde der *actio furti*).

e. §. 11. Die Formeln der *lex Rubria de Gallia cisalpina*.

Ueber das *damnum infectum* trafen wahrscheinlich schon die Zwölftafeln Bestimmungen. Gaj. IV. 31. Vgl. L. 5 D. 43, 8. Paul. Sent. V. 10. Später gab der *praetor urbanus* über dasselbe die in L. 7 pr. D. 39, 2 verzeichneten Vorschriften. Daneben jedoch erhielt die Provinz¹⁷⁷) *Gallia cisalpina* durch

¹⁷³) L. 9. D. 47, 9: „aut noxam sarcire jubetur, aut ... levius castigatur.“ Vgl. L. 11 D. eod. Zwölftaf. VIII. 10.

¹⁷⁴) Festus v. Tignum. Zwölftaf. VI. 7. 8. Tit. Dig. 47, 3. L. 23 §. 6 D. 6, 1.

¹⁷⁵) Die *civilis injuriarum actio* (Gaj. III. 223) hatte längst der prätorischen *aestimatoria injur. actio* Platz gemacht.

¹⁷⁶) An ihre Stelle traten unter anderen Namen die auf der *jurisdictio magistratuum* beruhenden, in den *libri Digestorum* terribiles verzeichneten Rechtsmittel.

¹⁷⁷) In den Provinzen galt in manchen Punkten anderes Recht als in urbe.

die *lex Rubria* ¹⁷⁸⁾ besondere — von dem Edikte des praetor urbanus in zwiefacher Hinsicht (vergleiche unten) abweichende — Rechtsbestimmungen bezüglich des *damnum infectum*. Das 20. Kapitel der *lex Rubria* enthält nämlich zwei einander sehr ähnliche Formeln einer *ficticia in factum actio ex stipulatu damni infecti nomine* (gegen denjenigen, welcher das *repromittere* bzw. *satisdare* verweigert hatte), welche sich von den nach urbanem Recht üblichen Formeln unter Anderem dadurch unterscheiden, dass ihre *condemnatio* konstruiert ist *cum taxatione*. — Die erste Formel ¹⁷⁹⁾ lautet:

„J(udex) e(sto). S(ei), antequam id iudiciu|q(ua) d(e) r(e) a(gitur) ¹⁸⁰⁾ factum est, Q. Licinius damnei infectei eo nomine q(ua) d(e) r(e) a(gitur) eam stipulationem ¹⁸¹⁾, quam is qui Romae inter peregrei|nos ¹⁸²⁾ jus deicet, inalbo ¹⁸³⁾ propositam habet, L. Sejo ¹⁸⁴⁾ repromesisset ¹⁸¹⁾, tum ¹⁸⁵⁾ quicquid ¹⁸⁶⁾ eum Q. Licinium ex ea stipulatione

¹⁷⁸⁾ Die *lex* ist vermuthlich kurz nach dem Jahre 705 a. u. c. erlassen. Vgl. Dirksen, *Observationes ad selecta legis Galliae cisalpinae capita*, Berol. 1812, pag. 17 squ. und vor Allem Th. Mommsen, *Inscriptiones Latinae antiquissimae*, Berol. 1863, pag. 116 squ.

¹⁷⁹⁾ Die geringen Abweichungen der zweiten Formel von der ersten werden in den ferneren Anmerkungen erwähnt werden. Die beiden Formeln sind zitiert mit Benutzung des in Note 178 angeführten Werkes von Mommsen.

¹⁸⁰⁾ D. h.: *iudicium de ea re, de qua agitur*. Cic. pro Mur. 13. Vgl. Huschke, Gajus S. 221.

¹⁸¹⁾ In der zweiten Formel: „*ea stipulatione, quam is qui ... L. Sejo satis dedisset*.“

¹⁸²⁾ Die *lex Rubria* nimmt an dieser Stelle der Formel Bezug auf ein Edikt des praetor peregrinus.

¹⁸³⁾ In der zweiten Formel: „*in albo*.“

¹⁸⁴⁾ Die Namen „L. Sejus“ und „Q. Licinius“ werden hier in derselben schematischen Weise verwendet, in welcher für die Klagformeln des klassischen urbanen Rechts die Namen „Aulus Agerius“ und „Numerius Negidius“ stehend sind. Vgl. Huschke, Gajus S. 224 f.

¹⁸⁵⁾ Das „*tum*“ pflegte in *actiones ficticiae* auf die Fiktion zu folgen als Einleitung der aus der Fiktion resultirenden Rechtskonsequenz. Vgl. Huschke a. a. O. S. 225 f. und Gaj. IV. 36: „*tum si ... oporteret*.“

¹⁸⁶⁾ In der zweiten Formel: „*quicquid*.“

L. Sejo d(are) f(acere) opor|teret¹⁸⁷⁾ ex f(ide) b(ona)¹⁸⁸⁾ d(um)t(axat) HS . . .¹⁸⁹⁾, e(jus) j(udex) Q. Licinium L. Sejo, sei ex decreto IIvir(ei)|IIIvir(ei) praefec(tei)ve¹⁹⁰⁾ Mutinensis¹⁹¹⁾, quod ejus¹⁹²⁾ is II vir III vir praefec(tus) |ve¹⁹³⁾ ex lege Rubria seive id pl(ebei)ve sc(itum) est¹⁹⁴⁾ decreverit, Q. Licinius eo nomine q(ua) d(e) r(e) a(gitur) L. Sejo damnei infectei repromittere noluit¹⁹⁵⁾, c(on-demnato); s(ei) n(on) p(arret)¹⁹⁶⁾ a(bsolvito).“

187) Das „tum quicquid eum Q. Lic. ex ea stip. L. Sejo dare fac. oporteret“ (vgl. Gaj. IV. 36, wo ebenfalls das „tum“ die zivile intentio einleitet) und das weiterhin folgende „si ex decreto . . . reprom. noluit“, welches die Stelle der demonstratio (oder der praescripta verba) vertritt (nach urbanem Recht müsste der Passus, eingeleitet mit „Quod“, an der Spitze der Formel stehen), sind die beiden Voraussetzungen der *intentio*, von denen die erste fingirt ist. Die Formel weicht in manchen Punkten von der gewöhnlichen Formelkonstruktion ab (der rigorose Formalismus der urbs wurde in den Provinzen wohl weniger beachtet). Vgl. Huschke, Gajus S. 226 f. und Ubbelohde, zur Gesch. der benannten Realkontr. auf Rückg. derselben Species, 1870, S. 8–9 Note 20 sub 2.

188) Ueber die Bedeutung dieser Worte vgl. Savigny, Syst. V. S. 495. 496 Anm. d., gegen Huschke, Gajus S. 227 ff. Beiden ist darin beizustimmen, dass nicht die *actio*, sondern nur die ihr zu Grunde liegende *stipulatio bonae fidei* ist, dass also der Richter nicht bona fide über eine stricti juris stipulatio, sondern stricto jure über eine bonae fidei stipulatio abzuurtheilen hat. Statt stipulatio bonae fidei sagt man noch korrekter: stipulatio cum bonae fidei (oder doli) clausula. Vgl. §. 29 Inst. de act. 4, 6. L. un. §. 2 Cod. 5, 13. L. 89 D. 45, 1. L. 28. 40 pr. D. 39, 2. Savigny a. a. O. S. 498 not. f. und die ibid. S. 495 zitierten Stellen.

189) Hier folgt dann die vom Magistrat der condemnatio nach geschehener causae cognitio eingefügte taxatio.

190) In der zweiten Formel: „praef(ecte)ve.“

191) Unter dem „II vir III vir praefectusve“ ist der besondere *magistratus municipalis* (*provincialis*) zu verstehen. Vgl. den von Huschke, Gajus S. 238, zitierten A. W. Zumpt und Mommsen l. c. pag. 118.

192) Nämlich „ejus decreti“.

193) In der zweiten Formel: „praefect(us)ve“.

194) Puchta, Zeitschr. X. S. 227. Dirksen, Observationes ad sel. legis Gall. cisalp. cap., Berol. 1812, pag. 17 squ.

195) Der Passus von „si ex decreto“ bis „noluit“ bildet die in factum konzipirte und gegen alle Sitte mitten in die Kondemnationsworte („ejus judex Q. Licinium L. Sejo . . . condemnato“) gestellte intentio. Vgl. oben Note 187 und im Text sub 1. u. 2. — An Stelle des „si . . . repromittere noluit“ sagt die zweite Formel: „si . . . satisdare noluit“.

196) Die Worte „si non parret“ beziehen sich sowohl auf das „quicquid . . . oporteret ex fide bona“ als auf das „si ex decreto . . . noluit“.

Die Thatsache, dass hier die Formel einer reipersekutorischen¹⁹⁷⁾ Klage eine *condemnatio cum taxatione* enthält¹⁹⁸⁾, scheint auf den ersten Blick den in den vorstehenden Paragraphen dieser Abhandlung aufgestellten Regeln direkt zu widersprechen (und könnte einen Ungewarnten möglicherweise zu der unvorsichtigen Meinung verleiten, **alle** reipersekutorischen actiones, sowohl die in urbe¹⁹⁹⁾ als die in provinciis üblichen, hätten eine *condemnatio cum taxatione* gehabt). Dieser scheinbare Widerspruch wird jedoch beseitigt durch folgende Erwägungen:

1. Die ganze Konstruktion der beiden in der lex Rubria enthaltenen Formeln ist eine so auffallende, eine so sehr von den aus klassischen Rechtsquellen uns bekannten Regeln über Formel-Konstruktion abweichende (eine so „eigenartige“), dass wir uns wohl hüten müssen, aus den einzelnen in diesen singulären Formeln uns entgegentretenden Erscheinungen Schlüsse auf das übrige Aktionensystem zu ziehen.

197) Man wendet vielleicht ein: Auch die Klagen der lex Rubria, überhaupt die aus dem *damnum infectum* entspringenden Klagen (welche Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Inhaltsverzeichniss S. X., zu den Deliktsklagen zählt) sind in gewisser Weise Strafklagen. Denn in der Weigerung des *repromittere* oder *satisdare* liegt ein (Quasi-)Delikt, welches zu bestrafen ist und durch jene in factum actiones bestraft wird. — Leugnen lässt sich trotzdem nicht, dass die actiones ex stipulatu damni infecti nomine (mindestens in erster Linie) reipersekutorisch sind. Vgl. z. E. L. 2 §. 2 D. 46, 5. L. 4 §. 7 D. 39, 2.

198) Diese Thatsache steht fest („das dumtaxat HS....“ lässt sich nur als *taxatio* auffassen; noch mehr würde dies hervortreten, wenn das Wort „*ejus*“ vor „dumtaxat HS....“ stände). Zimmern (röm. Rsgesch. III. S. 167) irrt sich dennoch, wenn er sagt, die *taxatio* habe stets gefehlt bei Klagen auf Grund „verweigerter Kautionsleistung“. Vgl. Huschke, Gajus S. 237.

199) Dass bei den im Edikt des *praetor urbanus* proponirten (also in der Stadt Rom üblichen) reipersekutorischen Klagen keine *taxatio* stattfand, ist z. E. ersichtlich aus Gaj. IV. 36, wo uns die klassische Formel der *Publiciana* in rem actio mitgetheilt wird. Wenn auch bei dieser Klage eine *condemnatio cum taxatione* üblich gewesen wäre, so würde Gajus die letztere hier jedenfalls erwähnt haben.

2. Die beiden Formeln der *lex Rubria* pflegten in der Provinz von den Munizipalmagistraten aufgestellt zu werden. Es ist nicht unwahrscheinlich und wird Niemandem wunderbar erscheinen, dass in der Provinz — im Jurisdiktionsgebiete der *magistratus municipales* — für die Jurisdiktion der *magistratus municipales* ganz andere Regeln galten, als in der Stadt Rom für die Jurisdiktion des *praetor urbanus* (dies folgt schon aus dem sub 1. Gesagten, welches andererseits wider herein seine beste Erklärung findet). Bewiesen wird dies am besten dadurch, dass die *lex Rubria* und das prätorische Edikt (L. 7 pr. D. 39, 2) in den für das *damnum infectum* dargebotenen Rechtsmitteln erheblich von einander abweichen, und zwar in doppelter Weise:

a) Bei verweigerter Kautionsleistung *damni infecti nomine* gab (nach eingetretenem *damnum*) die *lex Rubria* (Bezug nehmend auf das Edikt des *praetor peregrinus*) sofort eine *actio ficticia in factum*, während der *praetor urbanus* in demselben Falle zunächst nur das *in possessionem ire* und darauf eventuell²⁰⁰⁾ noch das *possidere* verfügte, dagegen eine Klage erst dann ertheilte, wenn der Gegner weder Kautionsleistung noch das *in possessione esse* (und das *possidere*) dulden wollte²⁰¹⁾. L. 7 pr. cit. 39, 2.

b) Die *lex Rubria* gab dem Munizipalmagistrat geradezu und ohne jede Beschränkung die Befugnis, bei einem *damnum infectum* das Erforderliche — nicht etwa an Stelle des Prätors, sondern aus eigener Machtvollkommenheit — anzuordnen, während der *praetor urbanus* nur, für *periculum in mora*, den *magistratus municipales* die „res *damni infecti*“ delegierte und ihnen nur die „*cautio*“ und die „*possessio*“ (in *possessionem missio*) anvertraute, im Uebrigen dagegen sich selbst die Jurisdiktion vorbehielt. L. 1 D. 39, 2 (Ulpian): „*Quum res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio Prae-*

200) L. 7 pr. cit. 39, 2: „*cum justa causa esse videbitur*“, d. h. wenn der Gegner hartnäckig fortfuhr, die Kautionsleistung zu verweigern.

201) L. 7 pr. cit.: „*In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo*“ rel.

tori videtur, si ex hac causa sibi jurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus *delegandum* hoc recte putavit.“ — L. 4 §. 3 D. eod : „Duas ergo res magistratibus municipalibus Praetor vel Praeses *injunxit, cautionem et possessionem, cetera suae jurisdictioni reservavit*“. Vgl. L. 4 §. 4. 9 D. eod. — ²⁰²⁾.

3. Da schon so wesentliche Verschiedenheiten ²⁰²⁾ zwischen der lex Rubria und dem edictum praetoris urbani konstatirt sind, so darf ich schliesslich wohl die nachstehende Behauptung aufstellen: Die lex Rubria und das prätorische Edikt unterschieden sich besonders noch dadurch, dass die erstere zwei (reipersekutorische) ficticiae actiones *cum taxatione* aufstellte, während die ediktsmässige actio ex stipulatu damni infecti nomine ²⁰³⁾ unzweifelhaft stets eine condemnatio *infinita* hatte (ebenso wie alle anderen im Edikt des praetor urbanus proponirten reipersekutorischen Klagen) ²⁰⁴⁾.

C. §. 12. Die richterliche taxatio bei dem klägerischen jusjurandum in litem.

In ähnlicher Weise, wie bei den poenales in factum actiones (incertae pecuniae) der Prätor *in jure* der condemnatio eine

²⁰²⁾ Ein weiterer Unterschied (und zwar bezüglich des materiellen Rechts) zwischen der lex Rubria und dem prätorischen Edikt lag darin, dass die erstere noch nach Eintritt des damnum eine actio ficticia in factum gewährte (Lex Rubria cap. 20 v. 7—12: „sei quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob e(am) r(em) eove nomine erit, ... tum magistratus de e(a) r(e) ita jus deicito judicia dato“ rel.), während das letztere nur für den Fall des noch nicht eingetretenen Schadens galt (L. 7 §. 1 D. 39, 2: „Hoc Edictum prospicit damno *nondum facto*“ rel.).

²⁰³⁾ Vgl. über sie: L. 7 pr. 15 §. 1 L. 17 §. 3. 4 L. 18 pr. §. 5—11. 13—16 L. 24 §. 2—12 L. 26—28. 30. 39 §. 2—4 L. 40. 42. 43 D. 39. 2. L. 4 §. ult. D. 45, 1. L. 2 §. 2 D. 46, 5.

²⁰⁴⁾ Man wende nicht etwa ein: Die actio ex stip. damni inf. nom. ist eine actio *incerta* und Gaj. IV. 51 sagt: „*velut si incertum aliquid petamus*“ (condemnatio cum taxatione locum habet). Vgl. oben Seite 25. — Nebenbei übrigens passt das „*velut si incertum*“ etc. des Gajus gerade auf die Formeln der *lex Rubria*.

taxatio²⁰⁵⁾ einfügte, pflegte bei einer anderen Gattung von Klagen unter gewissen Voraussetzungen der *judex — in judicio* — dem seitens des Klägers abzuleistenden *jusjurandum in litem* eine taxatio hinzuzufügen²⁰⁶⁾. Das *jusjurandum in litem*²⁰⁷⁾ wurde vom Richter dem Kläger aufgelegt²⁰⁸⁾, wenn entweder der Beklagte — indem er die Restitution oder Exhibition verweigerte — sich *in dolo, lata culpa contumaciave* befand und demnach wegen dieser Untugenden zu bestrafen war²⁰⁹⁾, oder aber wenn der Richter selbst bei Abschätzung der Sache des klägerischen Schätzungseides bedurfte²¹⁰⁾; stets jedoch nur in den Klagen auf ein *restituere*

205) Ueber diese ist in den Paragraphen 2—11 (vorwiegend auch im §. 1) verhandelt worden.

206) Das *jusjurandum in litem* (welchem z. B. v. Schröter in Linde's Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz., Bd. VII. S. 356 ff., eine ausgezeichnete Abhandlung gewidmet hat) und die bei demselben übliche taxatio können jedoch bedeutend kürzer behandelt werden.

207) Dasselbe war vielleicht schon zur Zeit der Legisaktionen in Gebrauch (*arbitrium litis aestimandae*!). Jedenfalls basirt es auf dem alten Prinzip der Selbstschätzung, welches zugleich die Grundlage der *condemnatio cum taxatione* ist, und ist (zugleich mit dem Prinzip der Selbstschätzung) hervorgegangen aus dem noch älteren Recht der Selbsthülfe; es ist sonach verwandt mit der alten Talion, mit der späteren *manuum consortio* (einem Scheinkampf bei der *legis actio sacramento*; vgl. Gaj. IV. 13—17. Festus v. *Vindiciae*. Cfr. L. 2 §. 24 D. 1, 2), überhaupt mit allen etwaigen Ueberbleibseln des alten (später in das System der Selbstschätzung übergegangenen) Selbsthülfesystems.

208) L. 4 §. 1. 2 D. 12, 3: „*Deferre autem jusjurandum judicem oportet ... §. 2 in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum necne constat.*“ Vgl. L. 3 L. 4 §. 3. 4 L. 5 §. 1 D. eod.

209) Das Strafmoment im *jusjurandum in litem* tritt an manchen Stellen scharf hervor. L. 2 §. 1 L. 8 D. 12, 3. L. 60 §. 1 D. 35, 2. L. 41 §. 1 D. 42, 1. L. 73 D. 46, 1: „*magno condemnatus est*“ und weiter: „*propter suam poenam praestitit*“. Vgl. L. 1 D. 12, 3. L. 4. 5. 2 Cod. 5, 53.

210) Vgl. L. 5 §. 4 L. 6 D. h. t. 12, 3. — Weigerte sich jedoch der Kläger zu schwören, so musste sich der Richter auch ohne den Schätzungseid behelfen und in anderer Weise das „q. e. r. e.“ ermitteln („*judex de veritate cognoscet*“). L. 2 Cod. h. t. 5, 53. L. 71 D. 6, 1. Vgl. L. 11 D. 12, 1: „*qui ex necessitate juris*“ (vgl. hierüber Hasse im Rhein. Mus. VI. 1 S. 30 und dagegen v. Schröter a. a. O. S. 413, welchem letzteren beizuz-

oder *exhibere* ²¹¹⁾. -- An einigen Stellen wird zwar allgemein gesagt, das *jusjurandum in litem* finde statt bei allen *bonae fidei actiones* (L. 3 §. 2 D. 13, 6. L. 5 pr. cfr. §. 4 D. h. t. 12, 3. Vgl. L. 4 §. 2 i. f. D. eod.); doch ist ein solcher Ausspruch (*restrictiva interpretatione*) nur auf diejenigen *bonae fidei actiones* zu beziehen, welche zugleich auf ein *restituere* oder *exhibere* gingen ²¹¹⁾. Neben diesen Klagen (und zwar ganz nebenbei) werden im Tit. Dig. 12, 3. dann noch die *actiones stricti juris* (L. 5 §. 4 L. 6 D. 12, 3) und eine zivile Pönalklage (L. 9 D. eod.) erwähnt. Wir haben demnach in der weiteren Darstellung drei verschiedene Gruppen von Klagen zu unterscheiden.

stimmen ist) „*in litem juravit*“. Nicht der *judex*, sondern höchstens die *procacia adversarii* selbst konnte den Kläger (gewissermassen) zum Schätzungseide zwingen.

²¹¹⁾ L. 68 (cfr. L. 20. 35 §. 1) D. 6, 1. L. 1 D. 12, 3: „*ex contumacia non restituentis*“. L. 2 §. 1 D. eod.: „*culpa non restituentis vel non exhibentis punitur*“. L. 8 D. eod.: „*restituere ei non vult*“. L. 10 D. eod.: „*non exhibet*“. L. 14 §. 11 D. 4, 2: „*omnimodo cum restituat ... vel ad exhibendum ... neque ea res arbitrio iudicis restituatur*“. (Vgl. jedoch hierzu unten S. 117 f.) L. 18 pr. D. 4, 3: „*restitutio comprehenditur et, nisi fiat restitutio*“ etc. (Cfr. L. 18 §. 1. 4 D. eod.) L. 5 §. 2 D. 10, 4: „*qui ... non restituit, ad exhibendum teneri*“ etc. (Cfr. L. 3 §. 2 D. eod.) L. 48 §. 1 D. 19, 2: „*Qui ... non restituit*“ etc. L. 16 §. 3 D. 20, 1: „*Sin vero ... non possit rem ipsam restituere*“ etc. L. 25 §. 1 D. 24, 3: „*quominus restituere possit*“ (die Stelle fügt als *ratio* des Würdigungseides hinzu: „*quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat*“). L. 5 §. 1 D. 38, 5: „*si res non restituatur*“. L. 15 §. 7—9 D. 43, 24. (L. 9 §. 1 D. 47, 2.) L. 68 D. 6, 1: „*Si vero non potest restituere*“. Vgl. L. 7 D. 8, 5. L. ult. Cod. 5, 54 (dieser Titel folgt unmittelbar auf den Titel „*de in litem iurando*“ 5, 53): „*restituere coguntur*“. Gaj. IV. 47. 163 („*quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur*“). [Das „*quanti ea res est*“ bei Gaj. IV. 163 bedeutet so viel als „*quanti in litem iuraverit actor*“ (L. 2 i. f. D. 12, 3), nämlich „*ultra rei pretium*“ (L. 1 i. f. D. eod.), im Gegensatze zu der einfachen richterlichen Schätzung, während gerade umgekehrt z. B. das „*quanti res sit*“ in L. 71 D. de R. V. 6, 1 die richterliche Aestimation im Gegensatze zu dem klägerischen Schätzungseide ausdrücken will.] — Vgl. Seuffert's Archiv IV 266 IX. 349. 350. XV. 170. XX. 274. XXIII. 86. 274. XXVI. 196

■. Zu der ersten Gruppe gehören im Einzelnen folgende Klagen ²¹²):

1. Die *rei vindicatio* (oder formula petitoria) ²¹³).
2. Die *hereditatis petitio* ²¹⁴).
3. Die actio in rem *Publiciana* ²¹⁵).
4. Die *confessoria* in rem actio (oder servitutis vindicatio) ²¹⁶).
5. Die actio in rem *negatoria* (und prohibitoria) ²¹⁶).
6. Die *hypothecaria* in rem actio (Serviana, quasi Serviana actio; pignoris vindicatio) ²¹⁷).
7. Die actio *ad exhibendum* ²¹⁸).
8. Die actio *doli* (formula Aquiliana) ²¹⁹).
9. Die sogen. actio *Faviana* und *Calvisiana*. L. 5 §. 1 D. si quid in fraud. patr. 38, 5.
10. Die *in factum* actiones aus den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten ²²⁰). (Per arbitrum, per arbitrariam formulam).

²¹²) Theils in rem, theils in personam, theils in factum, theils civiles und grösstentheils arbitrariae (der Würderungseid fand nicht bloss bei arbiträren Klagen und nicht bei allen arbitr. Kll. statt).

²¹³) L. 46. 68. 71 D. 6, 1. L. 41 §. 1 D. 42, 1. Cic. in Verr. II. 12. Vgl. Gaj. IV. 91—95. 1. 3—5. 8. 16. 17. 48. 51. 86 c. f. 87 c. f. 89. 96—100. 106. 107. 114. 117. I. 134. II. 24. 79 c. f. 82. 96. 120. 194. 207. 208. 222. 285. III. 94. i. f. Ulp. Fragm. XVII. 2. XIX. 9. 10. XXIV. 3. 7. 11. 12. 14. XXV. 17; de jure fisci 3. 9. 12. Paul. Sent. IV. 1 §. 18. V. 12 §. 1. 12.

²¹⁴) L. 20 §. 21 L. 25 §. 10 (cfr. L. 5 pr. 10 §. 1 L. 57) D. 5, 3. Vgl. Gaj. II. 57. 120. 252. 253. 255. 258. IV. 133. Ulp. Fr. XXV. 14. 16 („actiones hereditariae“). Paul. Sent. I. 13.

²¹⁵) §. 4. 31 Inst. 4, 6. Gaj. IV. 36. Tit. Dig. 6, 2.

²¹⁶) L. 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. Gaj. IV. 3.

²¹⁷) L. 16 §. 3 (cfr. L. 21 §. ult.) D. 20, 1. Vgl. §. 7 Inst. 4, 6. Isidor. Hisp. libr. orig. s. etym. V. 25 §. 22—24. — Ueber eine *Serviana* actio anderer Art handelt Gaj. IV. 35.

²¹⁸) L. 3 §. 2 L. 5 §. 2 D. 10, 4. L. 2. 5 pr. 10 D. 12, 3. Vgl. L. 3 §. 3 I. 7 §. 3—7 L. 15 D. 10, 4. L. 3 §. 8 D. de tab. exh. 43, 5.

²¹⁹) L. 18 pr. D. 4, 3. Vgl. L. 18 §. 1. 4 D. cod. Paul. Sent. I. 8. — Ueber das „ut bonae fidei mentio fiat“ in L. 11 §. 1 D. 4, 3 vgl. Savigny, Syst. V. S. 473 Not. b. S. 474.

²²⁰) L. 15 §. 7—11 D. 43, 24. Vgl. Gaj. IV. 141. 163—165. L. 2. 8 §. 4. 6 D. 43, 26. Ulp. Inst. I. 1. Cfr. Paul. Sent. V. 6 §. 10. Isidor. Hisp. l. c. V. 25 §. 33. L. 9 Cod. 8, 4.

11. Die actio *tutela* ²²¹).
12. Die actio *dotis* ²²²).
13. Die actio *depositi* ²²³).
14. Die actio *commodati* ²²⁴).

²²¹) L. 4 pr. L. 8 D. 12, 3. L. 1. 2. 4 Cod. 5, 53. L. 4 pr. D. 27, 7. L. 7 pr. D. 26, 7. L. ult. Cod. 5, 54. L. ult. Cod. 5, 37. Vgl. Gaj. I. 191. IV. 182.

²²²) L. 25 §. 1 D. sol. matr. 24, 3: „quodsi dolo malo fecerit, quominus restituere possit, damnandum eum, quanti mulier in litem juraverit“ etc. Erforderniss war, dass die Klage auf ein *restituere* ging. — Vgl. noch Ulp. Fragm. VI. Fragm. Vaticana 94—122. 269.

²²³) Nämlich die *directa*. — L. 1 §. 26 D. depos. 16, 3. Vgl. Gaj. IV. 40. 59 i. f. 60. 182. III. 196. 207. II. 50. Ulp. Inst. I. 3 §. 2. Paul. Sent. II. 12. Collat. X. Isidor. Hisp. orig. s. etym. V. 25 §. 19. L. 1 §. 21 §. 16 L. 22 D. 16, 3. — Cfr. L. 3 D. 12, 3. — Nur die formula *in factum* concepta oder auch die *in jus* concepta? M. E. fand bei beiden der Würderungseid statt; arg. L. 1 §. 26 D. cit. 16, 3. Vgl. Huschke, Gajus S. 237 (dagegen Hasse im Rhein Mus. VI. und v. Schröter l. c. S. 373 ff. 377). — War die actio depositi arbiträr? (Für das *jusjurandum in litem* ist diese Frage von nicht etwa wesentlichem Interesse.) Mit Bestimmtheit lässt sich wenigstens das behaupten, dass die formula depositi *in jus* concepta bei Gaj. IV. 47 ein *arbitrium de restituendo* (es wurde mit den Worten „neque NNs arbitrato tuo rem restituet“ oder dgl. der Formel an passender Stelle eingeschaltet; Savigny, Syst. V. S. 124) nicht enthält. Vgl. das mehrfach angef. Werk von A. Ubbelohde: Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückg. ders. Species, 1870, S. 1—13. Hasse (im Rhein. Mus. f. Jurispr. VI. 1 S. 34. 35) behauptet, eine jede *arbitraria formula* sei eine *in factum concepta* gewesen (und man müsse zwischen „actio in factum“ und „formula in factum concepta“ sehr unterscheiden). Glaubt Hasse vielleicht auch, dass die *in rem actiones civiles* — die er doch gewiss zu den arbiträren Klagen zählt — *in factum* konzipirt zu werden pflegten? — Die actio depositi unterschied sich in Einem Punkte von den übrigen im Text (sub 1—12. 14—16) aufgezählten Klagen: sie bestrafte (mit dem Würderungseide; überhaupt mit ziviler Haftung) nur den *dolus*, nicht schon die *lata culpa* des Beklagten. L. 1 §. 8—10 D. 16, 3. Collat. X. 2 §. 1 c. f. X. 4. 5. 6. 7 §. 6. Vgl. L. 1 Cod. 4, 34. — Die *contraria depositi actio* lässt keinen Schätzungseid zu (L. 5 pr. D. 16, 3; ratio legis: die *contraria actio* geht der Regel nach nicht auf ein *restituere*).

²²⁴) Gaj. IV. 47 i. f. L. 3 §. 2 D. h. t. 13, 6. Vgl. Gaj. IV. 33 c. f. 59 i. f. 153. III. 196. 197. 206. II. 50. Isidor. Hispal. l. c. V. 25 §. 16. Ulp. Inst. I. 2 §. 1 i. f. Collat. X. 2.

15. Die *locati actio* nur dann, wenn sie auf ein *restituere* gerichtet war²²⁵⁾.
16. Die *actio rerum amotarum*. L. 8 §. 1 bis L. 10 D. h. t. 25, 2: „si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari debere, quanti in litem vir jurasset; 9. — non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere, 10. — . . . quod ex *contumacia* mulieris id ita acciderit.“ Die *actio rerum amotarum* ist eine reipersekutorische²²⁶⁾ und — wie aus L. 8 §. 1 — L. 10 D. cit. hervorgeht — den arbiträren Klagen sehr ähnliche Klage²²⁷⁾. Dieser Ansicht scheint zu widersprechen die L. 26 D. h. t. 25, 2 (Gajus): „Rerum amotarum *actio condictio* est“. Der Widerspruch verschwindet jedoch, wenn man die angeführten Worte so erklärt: Gajus, eingedenk der Thatsache, dass die *actio rerum amotarum* an die Stelle der *actio furti* getreten ist, will durch das „*condictio* est“ andeuten, dass die *actio rerum amotarum* als reipersekutorische Klage keineswegs der *actio furti*, sondern eher schon der *condictio furtiva* ähnlich ist. Im Uebrigen wird die *actio rerum amot.* fast ausnahmslos entweder „*judicium*“²²⁸⁾ oder „*actio*“²²⁹⁾ genannt und

²²⁵⁾ L. 48 §. 1 D. h. t. 19, 2. Wenn hier die Worte „vel aliam rem non immobilem“ (sie fehlen in Vulgata und Glosse) etwa andeuten sollten, der Schätzungseid finde nur statt bei Mobilien, so würde diess singular für die *actio locati* gelten, arg. e. c. L. 15 §. 7—11 D. 43, 24. Vgl. jedoch v. Schröter a. a. O. S. 392—393, welchem beizustimmen ist — Im Allg. vgl. noch Gaj. III. 142—147. 205. Ulp. Inst. I. 2 §. 2.

²²⁶⁾ Obgleich hervorgegangen *ex delicto*. L. 21 §. 5 D. h. t. 25, 2. Trat zu dem Delikte noch die *contumacia* hinzu, so lag im Schätzungseide die gerechte Strafe.

²²⁷⁾ Vgl. z. E. auch L. 17 §. 2 D. 25, 2 („Non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum *judicium* venire Julianus ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt“) mit L. 16 pr. 17 §. 1 L. 13. 20 D. 6, 1.

²²⁸⁾ L. 1. 3 §. 3. 4 L. 5. 6 §. 2. 3 L. 17 §. 2. 3 L. 19. 20. 25 D. h. t. 25, 2.

²²⁹⁾ L. 3 §. 4 L. 6 §. 2 L. 7. 8 pr. 11 §. 1 L. 17 pr. 21 pr. §. 1. 3. 5 L. 25. 27 D. eod. 25, 2. L. 2. 3 Cod. 5, 21. Ulp. Fragm. VII. 2.

an keiner Stelle wird auch nur im Entferntesten angedeutet, dass dieselbe eine *condictio* (*stricti juris actio*) im eigentlichen Sinne sei²³⁰). Im Gegentheil wird hier und da die *condictio* der *actio rerum amotarum* als eine Klage anderer Art gegenübergestellt²³¹). Die *actio rerum amotarum* kann demnach keine *condictio* sein. Mit der Natur einer *condictio* würden auch das „*redintegrato rursus matrimonio solvitur iudicium*“ in L. 30 i. f. D. 25, 2 (Papinian), das *arbitrium de restituendo* und das in L. 8 §. 1 D. 25, 2 geforderte *jusjurandum in litem* nicht leicht zu vereinigen sein. — Die *actio rerum amotarum* ist eine *actio in factum* (*arbitraria*?)²³²). Vgl. Rudorff, *Edicti perp. quae rel. sunt* §. 121.

230) Hier ist noch zu erwähnen die L. 9 §. 3 c. f. D. de jure dot. 23, 3: „*Videbimus . . . , utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit agetur rerum amotarum . . . aut ad exhibendum*“. Hier vergleicht Ulpian die *actio rer. amot.* zuerst mit der *depositi* und der *mandati actio*, dann mit der *actio ad exhibendum*, und gebraucht in beiden Fällen für jede dieser Klagen den Ausdruck *agere*, während er doch sicher, wenn er die *actio rer. amot.* für eine *condictio* gehalten hätte, statt „*agetur rerum amotarum*“ und „*rerum amotarum . . . agere*“ gesagt haben würde: „*condicetur rerum amotarum nomine*“ (bezw. Aehnliches) und „*rerum amotarum nomine . . . condicere*“ (bezw. „*res amotas condicere*“).

231) L. 6 §. 4 D. h. t. 25, 2 (Paulus): „*Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut conductionis nomine ex causa furtiva*“. L. 25 D. eod. (Marzian) „*. . . licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest*“. L. 17 §. 2 i. f. D. eod. (Ulpian): „*simili*“ (nicht etwa „*pari*“) „*modo etiam certi condici eas posse ait*“. L. 21 §. 5 D. eod. (Paulus): „*Hae actio . . . non anno finitur, sicut et condictio furtiva*“. Vgl. L. 29 L. 3 §. 2 (—4) D. eod. So gebraucht z. E. auch Paulus in L. 18 D. eod. schlechthin den Ausdruck „*condictio*“ für „*condictio furtiva*“, vermuthlich in dem begründeten Glauben, dass eine „*condictio*“ nicht etwa irrthümlich für die *actio rer. amotarum*, sondern eben nur für die *cond. furtiva* gehalten werden könne.

232) Daher führt v. Schröter a. a. O. S. 368 noch als ein s. E. zutreffendes Argument das an: der Prätor habe keine *condictio*, keine *stricti juris actio* einführen können. Dieser Satz ist zwar sehr richtig, aber kein schlagendes Argument; denn die Gegner — welche die *actio*

Fraglich ist es, ob auch bei denjenigen Klagen, welche jetzt aufgezählt werden sollen, ein Würderungseid stattgefunden habe. Bei ihnen fehlen über die Anwendung des *jusjurandum* in litem sichere Quellenzeugnisse; es lässt sich jedoch auf Grund der allgemein über den Schätzungseid geltenden Rechtsgrundsätze annehmen, dass derselbe dann auch bei diesen Klagen stattfand, wenn letztere auf ein *restituere* (oder *exhibere*) gingen und zugleich der Beklagte sich *contumacia*, *dolus* oder *lata culpa* vorwerfen lassen musste. Hierhin gehören:

1. Die *actio fiduciae* (diese besonders auch deshalb, weil sie ursprünglich die Stelle der arbiträren *actio depositi* vertrat) und die persönliche *pigneraticia actio*. Vgl. oben Seite 27. Gaj. IV. 33. 62. II. 59. 60.
2. Die *actio empti* vielleicht dann, wenn sie (ausnahmsweise) auf ein *restituere* ging²³³), jedenfalls aber nicht, wenn sie auf das blosse Interesse gerichtet war. Vgl. L. 4 Cod. 4, 49.
3. Die *actio de receptis*. Vgl. L. 1 pr. L. 3 § 1 D. nautae 4, 9.
4. Die *Pauliana actio* (in rem scripta). Vgl. §. 6 Inst. 4, 6. L. 38 §. 4 D. 22, 1. L. 7. 10 pr. §. 22. 23 D. 42, 8.
5. Vielleicht auch die *actio de eo quod certo loco*, obgleich bei dieser der Umstand entgegensteht, dass sie an sich nicht auf ein *restituere*²³⁴), sondern auf ein einfaches *solvere* — vgl. §. 31 Inst. 4, 6 — geht. Vgl. noch L. 2 pr. L. 3. 4 §. 1 L. 7 pr. i 3 f. D. h. t. 1, 4.
6. Die ädilitische *actio redhibitoria* vielleicht unter denselben Voraussetzungen. Vgl. jedoch L. 45 D. h. t. 21, 1 („*dupli pretii et accessionis condemnari jubetur*“), Rudorff, röm. Rsgesch. II. S. 153, und oben S. 45 sub 7.

rer. amot. für eine *condictio* halten — werden natürlich nicht zugeben, dass die Klage vom Prätor eingeführt sei.

²³³) In diesem Falle war sie gewissermassen arbiträr. L. 1 pr. L. 21 §. 3 D. 19, 1. Vgl. oben S. 28 und v. Schröter l. c. S. 378 ff.

²³⁴) Selbstverständlich konnte auch bei ihr ein Würderungseid nur dann stattfinden, wenn sie auf ein *restituere* ging.

7. Ebenso die *actio aquae pluviae arcendae*. Vgl. L. 12 D. de aqua, et aq. pluv. arc. 39, 3.

8. Einige Noxalklagen²³⁵⁾; natürlich nur dann, wenn sie ausnahmsweise auf *restituere*²³⁶⁾ (oder exhibere) gingen. Vgl. L. 1 §. 15 D. de vi 43, 16.

Sehr zweifelhaft dagegen ist es, ob ein *jusjurandum in litem* stattfand bei der *actio quod metus causa* (formula Octaviana). **1.** Für die Anwendung des Schätzungseides bei dieser Klage lassen sich anführen a) L. 18 pr. D. de dolo 4, 3 und b) der allgemein akzeptirte Grundsatz, dass bei restitutorischen und exhibitorischen Klagen, falls dem Beklagten *dolus*, *lata culpa* oder *contumacia* zur Last falle, der klägerische Schätzungseid anwendbar sei. **2.** Gegen die Anwendung jenes Eides bei der a. q. met. c. lässt sich jedoch Folgendes sagen: **a)** Die Quellen (mit Ausnahme der m. E. allein nicht massgebenden L. 18 pr. D. cit. 4, 3) und insbesondere der ganze *Tit. Dig. quod metus causa gestum erit* erwähnen bei der *actio quod metus causa* des Würderungseides nicht; sie sprechen **b)** im Gegentheil für den Fall der verweigerten oder vereitelten Restitution stets nur von einer *quadrupli condemnatio* (vgl. L. 14 §. 1—4. 9. D. h. t. 4, 2 mit L. 18 pr. D. 4, 3) und es ist sehr wahrscheinlich, dass diese *quadrupli condemnatio* bei der a. q. met. c. das *jusjurandum in litem* völlig ersetzte; wenigstens reichte sie zur Bestrafung²³⁷⁾ des Gegners so vollständig hin, dass der

²³⁵⁾ Vgl. Savigny, Syst. V. S. 233 i. f. — §. 31 Inst. 4, 6: „nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori *satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat.*“ Paul. Sent. I. 15. Gaj. IV. 75—81. I. 140. 141. Festus v. Noxia. Titt. Inst. 4, 8. 9. Dig. 9, 4. Cfr. Ulp. Fragm. I. 11. Gaj. I. 13. — Zu den *arbitrarie actiones* gehören sie vermuthlich, zu den *actiones* mit Würderungseid jedoch nur unter der im Text angef. Voraussetzung.

²³⁶⁾ Neben der *event. noxae deditio*.

²³⁷⁾ *Tripli poena*. Besonders überflüssig war der Schätzungseid, wenn — wie oben S. 74 angenommen ist — die *actio quod metus causa* eine *condemnatio cum taxatione* hatte (Schätzungseid und *cond. cum taxatione* schlossen sich einander stets aus). — Durch ihre vorwiegend pönale Natur unterschied sich die *actio q. met. c. z. E.* von der *actio doli*. Die

Schätzungseid nur als eine unzulässige Häufung erscheinen könnte (vgl. im Allg. noch Savigny, Syst. V. S. 124 Note f.).
c) Die *actio quod metus causa* war eine prätorische Strafklage (vgl. Note 237), welche z. E. mit der *actio vi bonorum raptorum* das gemein hatte, dass sie *mixta* war und *in quadruplum* ging. Für sie treffen also auch die oben S. 65—74 bezüglich der Anwendung der *condemnatio cum taxatione* bei prätorischen Strafklagen geltend gemachten Gründe zu. — Meine Ansicht geht nun dahin, dass die *a. q. metus c.* ebenso wie die *actio vi bonorum raptorum* eine *condemnatio cum taxatione* hatte, dass bei ihr jedoch ein (mit der *cond. cum tax.* nicht vereinbares; vgl. unten pag. ult.) *jusjurandum in litem* nicht stattfand ²³⁸⁾

v. Schröter a. a. O. S. 367 a. E. S. 397 glaubt, auch bei der *actio contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit* — einer angeblich restitutorischen Klage — sei das *juramentum in litem* üblich gewesen; und zwar arg. *L. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7* ²³⁹⁾. Dass v. Schröter sich hier in einem Irrthum befindet, lässt sich unschwer nachweisen:

1. Das *jusjurandum in litem* fand der Regel nach (vgl. unten sub II und III) nur statt bei restitutorischen ²⁴⁰⁾ oder exhibitorischen ²⁴¹⁾ Klagen ²⁴²⁾. Die *actio contra eum, qui*

letztere war eine in erster Linie (h. z. T. vollständig) reipersekutorische Klage (auf das Interesse), ihre pönale Natur bestand eigentlich nur in der infamirenden Wirkung des Urtheils. Daher fand bei ihr der Schätzungseid (vgl. oben S. 103 sub 8), nicht aber die *condemnatio cum taxatione* statt, während bei der *actio q. met. causa* das Umgekehrte der Fall war.

²³⁸⁾ Die *actio quod metus causa* wird von Einigen *in rem scripta* genannt („quum adversus omnes restitui velit“). Vgl. *L. 9 §. 8 D. h. t. 4, 2. L. 4 §. 33 D. 44, 4.* Eine wirkliche *in rem* actio konnte sie als *actio poenalis* natürlich nicht sein.

²³⁹⁾ Zitirt und erläutert oben S. 75—80.

²⁴⁰⁾ *L. 22. 35. 75. 81. 246 §. 1 D. 50, 16.* Vgl. *L. 38 §. 1. 4—6. 8. 11. 12 D. 22, 1.*

²⁴¹⁾ *L. 22. 246 pr. D. 50, 16. L. 3 §. 8 D. 43, 5. L. 2 D. 10, 4.*

²⁴²⁾ Vgl. die oben Note 211 zitirten Stellen und *L. 5 pr. D. depos. 16, 3.*

in jus vocatum vi exemerit — als pönale Deliktsklage²⁴³⁾ und vor allen Dingen als actio *certae pecuniae*!²⁴⁴⁾ — war jedoch weder restitutorisch noch exhibitorisch. Was sollte denn etwa bei dieser Klage restituirt (oder exhibirt)²⁴⁵⁾ werden? v. Schröter antwortet vielleicht: das „*quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est*“²⁴⁶⁾ Also diese rei aestimatio soll restituirt werden? Restituirt werden im technischen Sinne kann zunächst nur eine bestimmte Sache, nicht aber ihre *aestimatio*²⁴⁷⁾. Restituirt werden kann ferner nur das, was zuvor dem Gegner weggenommen bzw. von ihm weggegeben ist. Ist etwa hier die „*res de qua controversia est*“ dem Kläger — durch die vi exemptio rei in jus vocati — weggenommen oder von ihm weggegeben, überhaupt ihm

243) L. 1 pr. D. h. t. 2, 7: „*metu poenae*“. L. 3 §. 1 D. eod.: „*poena ejus Edicti*“. L. 5 §. 2 D. eod.: „*cessat poena*“. L. 6 D. eod.: „*poenam suam solvit*“. L. 1 §. 2 D. eod.: „*deliquit*“. L. 5 §. 3 D. eod.: „*si plures deliquerint*“. L. 5 §. 4 D. eod.: „*neque autem in heredem, neque post annum dabitur*“.

244) Dies wurde oben S. 75—80 angenommen. Eine actio *certae pecuniae* kann weder restitutorisch sein, noch das jusjurandum in litem zulassen. Restitutorische Klagen und Klagen mit Schätzungseid sind stets actiones *incertae pecuniae* (wenn auch nicht gerade *incerti*). — Vgl. unten Anm. 247.

245) Von einem *exhibere* kann bei der pönalen actio contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit, überhaupt nicht gut die Rede sein.

246) Die Worte „*ea res... de qua controversia est*“ beziehen sich auf das ursprünglich zwischen dem Kläger und dem in jus vocatus vi exemptus im Streit befindliche Objekt, und die Worte „*quanti ea res est ab actore aestimata*“ auf die Aestimation — den klägerischerseits abgeschätzten Werth — desselben.

247) Wenn die aestimatio auf dem Punkte angelangt ist, dass sie als *certa pecunia* in die condemnatio der Formel aufgenommen werden kann, so ist diese certa pecunia freilich auch eine bestimmte Sache. Aber die certa pecunia kann nicht restituirt werden (nach römischen Sprachgebrauch). Die Römer scheiden in diesem Sinne *res* und *pecunia* und gebrauchen für erstere die Ausdrücke tradere, restituere (possessionem rei), praestare, für letztere die Worte dare — solvere, pendere — und reddere. Cfr. L. 94 D 50, 16. Bei unserer Klage kann jedoch auch von einem reddere der pecunia nicht die Rede sein, sondern nur von einem dare, solvere (L. ult. D. 2, 7).

abhandengekommen? Durchaus nicht! sondern die L. 5 §. 3 i. f. und L. ult. D. h. t. 2, 7 versichern ausdrücklich das Gegenteil (die L. ult. cit. sagt; „Is, qui debitorem vi exemit, si solverit, *reum non liberat*“ etc.): Der ursprüngliche Beklagte — vi exemptus — wird dadurch, dass der vi exemptor dem Kläger Genüge leistet, nicht befreit. — Ferner sagt Ulpian in L. 5 §. 3 D. cit. 2, 7: „Hoc iudicium . . . si *plures* deliquerint, *in singulos* dabitur, et *nihilominus* manet, qui exemptus est, obligatus“. Kann eine *restitutoria* actio gegeben werden *adversus singulos plures*? — Ausserdem wird in dem ganzen Digestentitel „ne quis eum“ rel. 2, 7 von einem restituere (exhibere) oder von einem arbitrium de restituendo (exhibendo) nichts erwähnt²⁴⁸). Im Gegenteil geht aus den Worten der L. ult. cit. i. f. 2, 7: „si solverit, *reum non liberat*, quia *poenam suam solvit*“, zur Evidenz hervor, dass die Klage nicht auf ein *restituere*, sondern auf *solvere* geht²⁴⁹). —

2. Die Worte der L. 5 §. 1 cit.: „*quo non id continetur, quod in veritate est*“, beziehen sich demnach keineswegs auf das *jusjurandum in litem* (wie v. Schröter a. a. O. zu glauben scheint), sondern nur auf die *conceptio formulae*“²⁵⁰) oder

²⁴⁸) Während sonst das „restituere“ und „exhibere“ überall, wo es in Betracht kommt, sehr hervorgehoben zu werden pflegt. Vgl. die in Note 211 zit. Stellen.

²⁴⁹) Vgl. §. 31 Inst. 4, 6 (übrigens ist unsere Klage keineswegs arbiträr). Man darf sich wundern, dass v. Schröter, welcher a. a. O. S. 369 bemerkt: „Bei der *arbitraria* actio auf ein *solvere*, wie der actio de eo, quod certo loco, trat der bezeichnete Grund des direkten Zwanges und des Eides nicht ein,“ nicht hieraus die nothwendige Konsequenz zieht, dass auch die nicht arbiträre actio contra eum, qui in jus voc. vi exemit, weil ebenfalls auf ein *solvere* gerichtet, des Grundes für einen Schätzungseid entbehre.

²⁵⁰) Wo die Quellen sagen: „tantum“ („istud“ u. dgl.) „in iudicio continetur,“ sprechen sie immer von der Formelkonstruktion (häufig von der condemnatio als *ima pars formulae*). Andererseits werden die Ausdrücke „*tanti reus condemnatur*“ („condemnare“ ist hier als richterlicher Akt aufzufassen), „*tanti damnandus est reus*“, „*tanti lis aestimatur*“ — nämlich „*quantum in litem iuraverit aetor*“ — mit Vorliebe von dem *jusjurandum in litem* gebraucht. L. 1. 2 §. 1 L. 5 §. 2. 4 L. 8. 10 D. 12, 3. L. 18 pr. D. 4, 3. L. 68 D. 6, 1. L. 3 §. 2 D. 10, 4. L. 16 §. 3 D. 20, 1. L. 15 §. 9 D. 43, 24.

vielmehr auf die *ima formulae pars*, die *condemnatio*. Im Uebrigen vgl. über die richtige Bedeutung jener Worte oben S. 32—33.

3. Das *jusjurandum in litem* kann nur stattfinden, falls der Beklagte sich in *dolo*, *lata culpa* ²⁵¹⁾ oder *contumacia* befindet; und diese Bedingung des Schätzungseides wird überall da, wo ein *jusjurandum in litem* in Frage kommt, ausdrücklich hervorgehoben ²⁵²⁾. Warum wird dagegen in L. 5 §. 1 D. cit. 2, 7, überhaupt in dem ganzen Titulus Dig. ne quis eum 2, 7, diese Bedingung des *juramentum in litem* nicht einmal erwähnt? ²⁵³⁾ Jedenfalls deshalb nicht, weil die hier erörterte Klage mit *juramentum in litem* und mit *restituere* nichts zu thun hat. Wo kein *restituere* verlangt wird, ist ein *dolo, lata culpa contumaciave non restituere* nicht möglich.

Zu der ersten Gruppe (S. 103 sub I.) gehören demnach die auf S. 103 u. ff. angeführten Klagen ²⁵⁴⁾ (vielleicht auch noch andere, sofern diese im einzelnen Falle auf *restituere* oder *exhibere* gerichtet waren. Der innere Grund der Anwendung des *jusjurandum in litem* bei dieser Gruppe von Klagen ist ausgesprochen in L. 25 §. 1 D. 24, 3: „quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat“ und in L. 9 D. 25, 2: „non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere“. Man hielt es für eine sehr strafbare Unverschämtheit (*procacia*), Jemandem seine eigene Sache widerrechtlich vorzuenthalten. Daher durfte der *judex* in einem solchen Falle — wenn

²⁵¹⁾ L. 2 Cod. 5, 53. L. 1 §. 1 D. 11, 6: „lata culpa plane dolo comparabitur“. Vgl. L. 2 §. 1 L. 4 §. 4 L. 5 §. 3 D. 12, 3. L. 15 §. 11 D. 43, 24. L. 8 §. 3 i. f. §. 6 D. 43, 26. —

²⁵²⁾ L. 1. 2 §. 1 L. 8. 10 (cfr. L. 11) D. 12, 3. L. 18 pr. D. 4, 3. L. 68 D. 6, 1. L. 3 §. 2 (cfr. L. 5 §. 2) D. 10, 4. L. 14 §. 11 D. 4, 2. L. 16 §. 3 D. 20, 1. L. 25 §. 1 D. 24, 3. L. 15 §. 9—11 D. 43, 24.

²⁵³⁾ Vgl. L. 3 §. 2 L. 4 §. 2 D. h. t. 2, 7.

²⁵⁴⁾ Vielleicht auch die *actiones contrariae*, sofern sie zufällig auf ein *restituere* oder *exhibere* gingen und bei ihnen das bezeichnete grobe Verschulden des Beklagten eintrat. Nicht entgegen steht L. 5 pr. D. 16, 3; denn diese Stelle setzt entschieden voraus, dass die *contraria depositi actio* eben nicht auf ein *restituere* geht.

der Gegner das Streitobjekt böswillig überhaupt nicht oder nicht gehörig²⁵⁵⁾ restituirte bzw. exhibirte — es nicht bei der blossen Kondemnation auf das „*q. e. r. e.*“ oder „*quidquid paret ob e. r. Nm Ao d. f. o. ex fide bona*“ bewenden lassen²⁵⁶⁾, sondern er musste „*magno*“ (L. 73 D. 46, 1) und „*ultra rei pretium*“²⁵⁷⁾ kondemniren, d. h. er musste den reus dolosus oder contumax dadurch bestrafen²⁵⁸⁾, dass er es dem Kläger²⁵⁹⁾ anheimstellte, den Werth des nicht restituirten Streitobjekts eidlich abzuschätzen (wobei es dem Kläger freistand, das „*verum rei pretium*“ zu überschreiten)²⁶⁰⁾.

255) Vgl. L. 3 §. 1 D. commod. 13, 6 *).

256) Er durfte nicht bloss *secundum veritatem* (vgl. L. 10 D. 1, 6. L. 37. 179 D. 50, 16. L. 2 c. f. Cod. 5, 53. Cfr. L. 62 §. 1 D. 35, 2) kondemniren.

257) L. 1. 2 §. 1 L. 8 (cfr. L. 3) D. 12, 3. L. 18 pr. D. 4, 3. L. 68. 71 D. 6, 1. L. 16 §. 3 D. 20, 1. L. 60 §. 1 D. 35, 2.

258) Vgl. Note 209 und die das. angef. Stellen.

259) Richtiger: demjenigen, welcher „*litem suo nomine contestatus est*“. L. 7 D. h. t. 12, 3. Aber vgl. L. 4 pr. D. eod. (beide Stellen sind von Ulpian).

260) „Prinzip der Selbstschätzung“ (vgl. Note 207), wobei die böswillige Verweigerung der Restitution oder Exhibition quasi als Delikt aufzufassen ist. — Der Kläger durfte mittels des *jusjurandum in litem* neben der *vera rei aestimatio* auch das „*quantum sua intersit*“ abschätzen (L. 2 §. 1 L. 3. 8. 10 D. h. t. 12, 3. L. 7 pr. D. 26, 7. L. 15 §. 7—9 D. 43, 24. §. 3 Inst. 4, 17. Tit. Cod. 5, 53); in einigen Fällen jedoch scheint der Schätzungseid auf das blosse Interesse beschränkt worden zu sein (L. 3. 10 D. 12, 3. L. 15 §. 7—9 D. cit. 43, 24; das Resultat mag freilich dasselbe gewesen sein). — Einige behaupten, der Schätzungseid habe nicht bloss das gewöhnliche Interesse (dieses nur bei Pönalklagen auf ein Mehrfaches, bei *stricti juris actiones* und wenn nur *levi culpa* nicht restituirt sei), sondern bei einigen Klagen (bei *bonae fidei actiones*, Pönalklagen in *simplum*, und wenn *culpa lata dolove* nicht restituirt sei) auch das Affektionsinteresse umfasst. Sie scheiden hiernach zwischen einem *juramentum in litem veritatis* und einem *j. in l. affectionum*. Ueber diese, h. z. T. wohl völlig überwundene, Ansicht vgl. v. Schröter a. a. O. S. 395—403 und Vangerow, Lehrb. der Pand. I. S. 268.

*) Die Sache musste restituirt werden *cum omni causa*. L. 20. 35 §. 1 D. 6, 1. L. 16 §. 4 D. 20, 1. L. 38 §. 1. 4—6. 8. 11. 12 D. 22, 1. L. 15 §. 7—9 D. 43, 24. L. 22. 35. 81. 246 §. 1 D. 50, 16. L. 8 §. 4. 6 D. 43, 26.

Damit aber dieser Zweck erreicht wurde und um dem Richter die Auflegung des *juramentum in litem* und die Kondemnation auf Grund des letzteren zu ermöglichen²⁶¹⁾, vermied es der Magistrat sorgfältig, bei diesen Klagen der *condemnatio* schon in *jure* eine *taxatio* einzufügen²⁶²⁾, welche den Kläger in seinem freien Abschätzungsrechte ja nur beengt und gestört haben würde²⁶³⁾. Dem Richter ganz allein sollte die Anordnung, Regelung und Ueberwachung des *jusjurandum in litem* (des dadurch dem Kläger in die Hand gegebenen Rechtes der Selbstschätzung²⁶⁴⁾ anheimgestellt sein. Ihm allein sollte es zustehen, den Schätzungseid zu deferiren²⁶⁵⁾, event. zu denegiren — oder vielmehr von Auflegung desselben abzusehen²⁶⁶⁾ —, und nöthigenfalls zu moderiren. Die Moderation des Eides durch den Richter konnte in zweifacher Weise geschehen: Entweder vor Ableistung des Eides — indem der Richter eine feste Maximalgrenze,

261) L. 18 pr. D. 4, 3: „*ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit*“.

262) L. 18 pr. D. 4, 3: „*certa quantitas non adjicitur*“ (nämlich vom Magistrat). L. 68 D. 6, 1: „*quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est*“. Vgl. L. 4 §. 2 D. 12, 3: „*Jurare autem in infinitum licet*“. Cfr. L. 2 §. 1 i. f. L. 3. 10 D. eod.

263) Vgl. die in Note 262 zit. Stellen, insbesondere L. 4 §. 2 pr. D. 12, 3.

264) Die heutigen Lehrbücher (so auch die Register zu Seuffert's Archiv) fassen das *jusjur. in litem* fast nur als Beweismittel auf; die Quellen des römischen Rechts dagegen betrachten dasselbe vorwiegend als ein dem Kläger eingeräumtes Recht, welches diesem eingeräumt ist zur Retorsion und als Strafmittel gegenüber dem bösen Willen des (nicht restituirenden oder exhibirenden) Beklagten. Vgl. oben die Noten 207. 209—211.

265) L. 3. 4 §. 2—4. L. 5 §. 1 D. h. t. 12, 3. Oben Note 208.

266) Dies konnte der Richter mindestens in zwei Fällen: nämlich wenn der Kläger den Schätzungseid nicht leisten wollte (L. 71 D. 6, 1. Vgl. L. 4 pr. D. 12, 3; über das „*ex necessitate juris*“ in L. ult. D. 12, 3 vgl. oben Note 210) oder konnte (L. 15 §. 9 D. 43, 24); vielleicht noch in einem dritten Falle: wenn dem Richter über die *rei aestimatio* andere genügende Beweismittel zu Gebote standen (vgl. L. 2 Cod. 5, 53. L. 3 D. 12, 3: „*nisi forte de eo quis juret*“ rel. L. ult. L. 4 §. 2 L. 5 §. 1 D. eod.). Vgl. Arndts Pand. S. 172 und dagegen v. Schröter S. 392.

eine *taxatio* aufstellte, welche der Kläger durch sein *juramentum* in *litem* nicht überschreiten durfte ²⁶⁷⁾ — oder auch nach derselben, indem es dem Richter auch noch nach Ableistung des Schätzungseides freistand, „*vel prorsus absolvere*“, „*vel etiam minoris condemnare*“. L. 4 §. 3 L. 5 §. 2 D. h. t. 12, 3 ²⁶⁸⁾. — Dies dem Richter gegenüber dem klägerischen Schätzungseide sowohl vor als nach Ableistung desselben zustehende Moderationsrecht scheint sich jedoch erst allmählich entwickelt zu haben. Denn:

1. Die richterliche Befugniss, den klägerischen Schätzungseid vor Ableistung desselben einzuschränken durch eine vorher aufgestellte *taxatio*, war noch zu Ulpian's Zeiten eine bestrittene. Ulpian sagt in L. 4 §. 2 D. h. t. 12, 3: „*Jurare autem in infinitum licet. — . . . An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjicere, quaeritur; arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit.*“ Hiernach ²⁶⁹⁾ muss man annehmen, dass dem Richter das Taxationsrecht gegenüber dem klägerischen Schätzungseide

²⁶⁷⁾ L. 4 §. 2 L. 5 §. 1 D. 12, 3. L. 18 pr. D. 4, 3. L. 3 §. 2 D. 10, 4. Vgl. L. 9 Cod. 8, 4.

²⁶⁸⁾ Vgl. L. 18 pr. i. f. D. 4, 3: „*taxatione jusjurandum refrenari*“. Für die nachträgliche Moderation des (schon abgeleisteten) Schätzungseides scheint mir das Wort *taxatio* nicht glücklich gewählt zu sein (hier würde das Wort *deminutio* oder *moderatio* vorzuziehen sein) — vgl. die oben S. 2 ff. gegebenen Definitionen des Begriffes *taxatio* —; Paulus jedoch gebraucht das „*taxatione jusj. refrenari*“ sowohl von der vor der Ableistung des Eides als von der nach derselben eintretenden Moderation (ersterenfalls mit Recht). —

²⁶⁹⁾ Auffallend ist es jedoch, dass derselbe Ulpian, welcher im 36. Buche ad Edictum (L. 4 §. 2 D. 12, 3) so vorsichtig die *taxatio* nur dem *bonae fidei* judex zugesteht, dieselbe schon im 24. Buch ad Edictum (L. 3 §. 2 i. f. D. 10, 4) für die *actio ad exhibendum* vorbehaltlos anerkennt, während er sie im 51. Buche ad Ed. (L. 68 D. 6, 1) bei der *rei vindicatio* gar nicht erwähnt (das „*sine ulla taxatione in infinitum*“ bezieht sich m. E. nur auf die prätorische *taxatio*, arg. L. 18 pr. D. 4, 3). Daher sagt v. Schröter a. a. O. S. 406 und Note 3 inkorrekt: „Bei der *rei vindicatio* erkennt Ulpianus (fr. 68 pr. Dig. de rei vind.) die neue Lehre noch nicht an.“ Niemand leugnet das, was er stillschweigend übergeht. *Nemo tacite negat.*

zuerst bei den *actiones bonae fidei* ²⁷⁰⁾ zugestanden worden sei. Kühner (vgl. jedoch Note 269) gehen schon Ulpian's Zeitgenossen Marcian und Paulus vor (L. 5 §. 1 D. h. t. 12, 3. L. 18 pr. D. 4, 3).

2. Das Recht, nachträglich noch von der eidlich erhärteten Aestimation des Klägers in irgend einer Weise (durch Verurtheilung auf eine geringere Summe oder Freisprechung) abzuweichen, wird von Ulpian dem Richter nur „ex magna causa et postea repertis probationibus“ (L. 4 §. 3 D. cit.) zugebilligt, nachdem vorher gefragt ist, ob es ihm überhaupt zustehen könne („videndum, an possit“ rel.). Dagegen Marcian gesteht jenes Recht dem Richter vorbehaltlos und ohne jede Einschränkung zu (L. 5 §. 2 D. cit. 12, 3). — Letzterem ist beizustimmen. —

Während bei dem gewöhnlichen *jusjurandum in litem* dem Richter das Recht anheimgegeben war, den klägerischen Schätzungseid nach Belieben vor oder nach der Ableistung oder gar nicht zu moderiren ²⁷¹⁾, wurde durch den Kaiser Zeno (477 p. Chr.) für das *interdictum de vi* eine besondere Art des *jusjurandum in litem* — das sogen. *jusjurandum Zenonianum* — eingeführt, bei welchem dem Richter nicht allein das Recht ertheilt, sondern sogar die Pflicht auferlegt war, den klägerischen Schätzungseid vor seiner Ableistung durch eine *taxatio* einzuschränken. Kaiser Zeno sagt in der L. 9 *Cod. unde vi* 8, 4:

„Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis vel invasis vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a iudice facta . . . sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec ei liceat ultra taxationem a iudice factam

²⁷⁰⁾ Vgl. v. Schröter a. a. O. S. 405. 406, und Hasse im Rhein. Mus. f. Jurispr. VI. 2 S. 180 ff.

²⁷¹⁾ Weil dieses Recht dem *judex* zustand, ist es unrichtig zu behaupten, der in *litem* Schwörende fungire quasi als Richter. Vgl. Anm. 277 (L. 46 D. 6, 1).

jurare. Et quod hujusmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet“.

Diese Konstitution Zeno's veränderte das alte — bei dem interdictum de vi übliche — Recht des jusjurandum in litem²⁷²⁾ in zweifacher Weise: 1. Der Schätzungseid sollte nur in Ermangelung anderer (besserer) Beweismittel stattfinden („si non potuerit singula comprobare“) und 2. der Richter sollte stets vor der Ableistung des Schätzungseides eine feste Maximalgrenze („taxatione a judice facta“) aufstellen, welche der Schwörende nicht überschreiten durfte („nec ei liceat ultra taxationem a judice factam jurare“). Hiermit hängt logisch zusammen die weitere Bestimmung, dass der Richter nach Ableistung des (vorher schon taxirten) Schätzungseides von dem Resultat des letzteren nicht mehr abweichen durfte („Et quod hujusm. jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet“). Weitere Besonderheiten hatte das jusjurandum Zenonianum nicht²⁷³⁾. —

III. Die zweite Gruppe von Klagen wird dargestellt durch die actiones stricti juris. Bei diesen Klagen musste die Kondemnation stricto jure auf das „quod in veritate est“ gehen²⁷⁴⁾; sie ertrug daher an sich weder die prätorische taxatio noch den klägerischen Schätzungseid. L. 6 D. 12, 3. Vgl. L. 5 pr. D. eod. L. 16 §. 3 c. f. D. 20, 1. Dennoch konnte nach L. 5 §. 4 D. 12, 3 auch bei den actiones stricti juris der Fall eintreten, dass ein klägerisches jusjurandum in litem nothwendig wurde; so besonders dann, wenn das Streitobjekt selbst — vor der Aestimation — untergegangen

272) Vgl. den Tit. Dig. de vi 43, 16 und L. 68 i. f. D. de R. V. 6, 1.

273) Mit Unrecht wird von einigen Rechtsgelehrten auch das als eine Eigenthümlichkeit des jusjurandum Zenonianum aufgeführt, dass dieser Eid sich nicht allein auf die Grösse des Schadens, sondern auch auf die wirkliche Existenz eines Schadens beziehe. Dies ist nichts dem jusjur. Zenonianum speziell Eigenthümliches, sondern findet bei jedem Schätzungseide statt (wie hervorgeht aus L. 10 und 3 D. 12, 3; cfr. L. 7 D. 26, 7. L. 7 D. 8, 5. L. 15 §. 7—9 D. 43, 24. L. 2. 4. 5 Cod. 5, 53), obgleich es an einigen Stellen — begreiflicherweise — weniger deutlich hervortritt (vgl. z. E. L. 2. 8 D. 12, 3. L. 8 §. 1 D. 25, 2).

274) Vgl. oben S. 32—33 und S. 67 Anm. 101.

war ²⁷⁵⁾ und dem Richter nun die zur Aestimation desselben erforderlichen Beweismittel ²⁷⁶⁾ fehlten („quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non exstat“). Der Schätzungseid bei den *stricti juris* actiones unterscheidet sich demnach von dem bei der sub I. aufgezählten Gruppe angewendeten Schätzungseide besonders dadurch, dass er vor allem die Stelle eines Beweismittels einnimmt, während der letztere in den Quellen vorwiegend als ein Parteirecht aufgefasst und häufig mit einem Vergleich ²⁷⁷⁾ in Parallele gestellt wird. Er wurde dem Kläger aufgelegt nicht zur Bestrafung des Gegners, sondern nur, um den Richter in der Abschätzung des untergegangenen Streitobjekts zu unterstützen. Ferner — und dies ist das zweite Unterscheidungsmerkmal — hatte der Richter bei dem in actiones *stricti juris* aufgelegten Schätzungseide nicht das Recht, dem Kläger vor Ableistung des Eides eine *taxatio* vorzuschreiben. Denn um zunächst dem Kläger eine *taxatio* geben zu können, hätte ja der Richter selbst erst die Abschätzung der Sache vornehmen müssen und der klägerische Schätzungseid — als

²⁷⁵⁾ L. 5 §. 4 D. cit. 12, 3: „veluti si promissor Stichi *moram* fecerit et *Stichus* decesserit; quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non exstat.“ Erforderlich war ausser dem Untergange der Sache wohl nicht ein Verschulden seitens des Gegners (veluti mora), da der Schätzungseid hier reines Beweismittel ist. Vgl. weiter unten im Text.

²⁷⁶⁾ Vgl. L. 2 Cod. 5, 53. L. 2 D. 22, 3. L. 11 D. 46, 5.

²⁷⁷⁾ Durch welchen der — beklagte — Besitzer sofort das Eigentum der fragl. Sache erhielt. L. 46 D. 6, 1: „Ejus rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, *dominium statim ad possessorem pertinet*“; *transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit*“. L. 47 D. eod.: „Haec si res *praesens* sit; si *absens*“ etc. Vgl. L. 70 D. eod. 6, 1. — In ähnlicher Weise pflegen die Quellen die vom *judex* vorgenommene *litis aestimatio* mit einer *venditio* — einem Verkauf des Streitobjekts an den Beklagten — zu vergleichen (L. 7 §. 1 D. 6, 2. L. 1. 3 D. 41, 4. L. 5 §. 1 D. 13, 6. L. 9 D. 25, 2), jedoch mit dem Unterschiede, dass hier der Beklagte nicht das eigentliche „*dominium*“ (ex jure Quiritium), sondern nur das bonitarische Eigentum (in bonis esse) erlangte (L. 7 §. 1 D. cit. 6, 2; ob das *offerre* nöthig ist?). —

ein gerade zur Abschätzung des untergegangenen Streitobjekts erforderliches Beweismittel — wäre damit überflüssig und werthlos geworden. Aus den Worten der L. 5 §. 4 D. cit. 12, 3 geht im Gegentheil deutlich hervor, dass der Kläger gerade deshalb bei *stricti juris actiones* ohne *taxatio* (infinite) in litem schwören muss, weil der Richter „*sine relatione jurisjurandi*“ die Sache nicht abschätzen und also keine *taxatio* aufstellen **kann** („*quia judex aestimare . . . non potest rem quae non exstat*“). — Nach Ableistung des Eides jedoch — nachdem hierdurch dem Richter schon eine Handhabe zur Abschätzung der Sache geboten war — stand es dem *judex* frei, die Probität des abgelegten *juramentum* zu untersuchen, *stricto jure* auf das „*quod in veritate est*“²⁷⁸⁾ zu kondemniren und zu diesem Zwecke nach Belieben von dem Resultate des klägerischen Schätzungseides abzuweichen. — Zudem wird bei dem für *stricti juris actiones* üblichen Schätzungseide in den Quellen nirgends eine vorherige *taxatio* erwähnt. Im Gegentheil sagt Ulpian in L. 4 §. 2 D. h. t. 12, 3, nur der *bonae fidei judex* habe gegenüber dem klägerischen *juramentum* in litem das Taxationsrecht; und Marcian sagt in L. 5 §. 1 D. h. t. 12, 3, wenn wir hiermit zusammenhalten L. 5 *pr.* D. eod., ganz klar²⁷⁹⁾, nur bei *actiones in rem*, *ad exhibendum* und *bonae fidei* sei eine richterliche *taxatio* des Schätzungseides zulässig²⁸⁰⁾. Marcian fügt sodann in L. 5 §. 4 D. eod. (nachdem er vorher die *taxatio* vollständig erledigt hat) hinzu: „*Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem jurandum est*“ etc. Wir dürfen daher auf diesen Schätzungseid bei *actiones stricti juris* alles, was vorher (L. 5 *pr.* §. 1–3 D. eod.) über den Schätzungseid *κατ' ἐξοχήν* gesagt worden ist, nicht beziehen²⁸¹⁾; sondern für den

278) Vgl. oben Note 274.

279) Obgleich v. Schröter a. a. O. S. 406 behauptet, Marcian lasse in L. 5 §. 1 D. h. t. für den Schätzungseid im Allgemeinen die *taxatio* zu.

280) Dass die L. 5 §. 1 D. h. t. mit L. 5 *pr.* D. eod. zusammenhängt, wird Niemand bestreiten können.

281) Z. E. dass das in L. 5 §. 3 D. h. t. Gesagte („*Sed in his omnibus*“ — nämlich den in L. 5 *pr.* eod. angeführten Klagen — „*ob dolum solum in*

Schätzungseid bei *stricti juris* actiones gelten andere Erfordernisse (vgl. Anm. 275) und andere Regeln.

IIII. Ausserdem wird das *jusjurandum in litem* noch erwähnt bei der *actio furti*. L. 9 D. h. t. 12, 3. Cfr. L. 9 §. 1 i. f. D. 47, 2. Dieser Schätzungseid unterschied sich von dem bei der sub I. aufgezählten Gruppe von Klagen üblichen *juramentum in litem* dadurch, dass er bloss auf die *rei aestimatio*, nicht aber auf das Interesse gerichtet war. L. 9 D. cit. 12, 3. Vgl. L. 50 pr. D. 47, 2. — Im Uebrigen aber fällt der Schätzungseid bei der *actio furti* seinem Wesen und seinen Erfordernissen nach vollständig mit dem Schätzungseide bei den sub I. erörterten restitutorischen und exhibitorischen Klagen zusammen: er ist im römischen Recht kein Beweismittel (wie bei *stricti juris* actiones), sondern ein dem Kläger zur Bestrafung²⁸²⁾ des böswilligen Gegners (an die Stelle von *dolus*, *culpa lata* *contumacia* tritt hier nöthigenfalls vielleicht die Thatsache des *furtum* selbst) ertheiltes Recht. Die Bestrafung des Gegners wird hier jedoch nicht erreicht durch das „*jurare ultra rei pretium*“, sondern durch die *duplatio* bzw. *quadruplatio* *jurati rei pretii*. — Die *actio furti* ist die einzige pönale Zivilklage (zivile Pönalklage), bei welcher die Quellen das *jusjurandum in litem* erwähnen. Möglicherweise ist das letztere noch bei anderen zivilen Pönalklagen (z. B. bei der *actio legis Aquiliae*?²⁸³⁾) zur Anwendung ge-

litem *juratur, non etiam ob culpam*“ rel.) nicht sich auf den nachfolgenden Paragraphen (also auf L. 5 §. 4 D. eod.) bezieht — nicht auf die *stricti juris* actiones auszudehnen ist —, lässt sich in zweifacher Weise nachweisen: 1. In L. 5 §. 4 wird als Beispiel die *mora* erwähnt und diese ist eine Art der (im Zweifel *levis*) *culpa*. 2. Die *mora* wird jedoch nur als Beispiel erwähnt, während sie — wie Anmerkung 275 angedeutet — kein Erforderniss des (als reines Beweismittel *Sticho defuncto* fungirenden) Schätzungseides bei actiones *stricti juris* ist (während L. 5 §. 3 D. eod. sogar grobes Verschulden fordert).

282) Daher war bei der *actio furti* die *taxatio* vor Ableistung des Schätzungseides ebensowohl wie bei den unter I. erwähnten Klagen anwendbar.

283) Vgl. Seuff. Arch. Bd. XI. Nr. 152. — In den Quellen findet sich nichts darüber.

langt (wir dürften diese Klagen dann zu einer dritten Gruppe zusammenfassen). Aber dies lässt sich höchstens vermuthen. — Bei prätorischen Strafklagen konnte natürlich von einem *juramentum in litem* nicht die Rede sein, weil hier die schon *in jure* vorgekommene *taxatio* (praetoria) den Raum für einen in *judicio* zu exequirenden Schätzungseid völlig absorbirte ²⁸⁴).

Schliesslich sind die Schicksale der bei dem *jusjurandum in litem* angewendeten richterlichen *taxatio* im Laufe der Zeiten noch kurz zu erwähnen. — Während die prätorische (bei der *condemnatio cum taxatione* übliche) *taxatio* zugleich mit dem Formularprozess und dem *judiciorum ordo* ausser Uebung gelangte und in Vergessenheit gerieth, erhielt sich die richterliche *taxatio* bei dem klägerischen Schätzungseide, wenigstens in der Form eines richterlichen Moderationsrechtes, bis auf die heutige Zeit ²⁸⁵). Die letztere erlitt jedoch sukzessiv folgende Modifikationen:

1. Nach Aufhebung des *judiciorum ordo* (vgl. oben S. 52) ging das Taxationsrecht von dem *judex privatus* naturgemäss allmählich auf den richterlichen Beamten über.

2. Seitdem an die Stelle der alten Geldkondemnation die Kondemnation auf das Streitobjekt selbst trat ²⁸⁶, suchte man meistens die Kontumaz und den bösen Willen des Beklagten durch die Exekution *manu militari* unschädlich zu machen, nicht aber erst durch Schätzungseid und nachfolgende Geldkondemnation zu bestrafen. Diese Aenderung

²⁸⁴) Wenigstens zur Zeit des Formularprozesses. Es findet sich jedoch auch in den Quellen der späteren Zeit nichts, was auf einen Schätzungseid bei prätorischen Strafklagen hindeuten könnte. Ueber die *actio quod metus causa* vgl. oben S. 108—109.

²⁸⁵) Letztere Taxationsart ist ja auch später in's Leben getreten als die prätorische *taxatio* bei der *condemnatio*. Vgl. oben S. 115—116. sub 1 und 2.

²⁸⁶) Vgl. §. 32 Inst. 4, 6: „*certae pecuniae vel rei.*“ L. ult. Cod. 7, 4. Die L. 68 D. 6, 1 („*manu militari ... ab eo possessio transfertur*“) — von Ulpian! — ist durch die Interpolation dem neueren Recht angepasst worden.

scheint sich jedoch sehr langsam und allmählich vollzogen zu haben. Denn noch zu Justinian's Zeiten ist von einer Abnahme des *jusjurandum in litem* wenig zu bemerken. Die alten Rechtssätze bezüglich des Schätzungseides und der bei ihm üblichen *taxatio* galten vorläufig noch unverändert fort. Erst im heutigen²⁸⁷⁾ Recht lässt sich mit Bestimmtheit eine gründliche Aenderung konstatiren:

a) Der Schätzungseid gilt heutzutage vorwiegend als Beweismittel, ohne Unterschied der Klagen²⁸⁸⁾. Er findet daher wohl vor Allem Anwendung in dem Falle, wo die zu restituirende bzw. zu exhibirende Sache vor der Restitution oder Exhibition untergegangen ist (während L. 5 §. ult. 12, 3 nur von *stricti juris actiones* redet). Natürlich ist grobes Verschulden seitens des Beklagten noch heute erforderlich.

b) Die *taxatio* beim Schätzungseide würde, wenn vor Ableistung des Eides aufgestellt, die Qualität desselben als eines Beweismittels sehr beeinträchtigen²⁸⁹⁾. Deshalb wird es heutzutage in den meisten Fällen angemessener erscheinen, die Probität des Schätzungseides nach der Ableistung zu prüfen und event. auf ein geringeres Quantum zu verurtheilen, höchst event. freizusprechen^{290) 291)}.

²⁸⁷⁾ Vgl. Seuff. Arch. IV. (Nr.) 266. IX. 349. 350 (348) XV. 170. XX. 274. XXIII. 86. 274. XXVI. 196. XXVII. 186. (I. 144. 378).

²⁸⁸⁾ Ueber das *juramentum quantitatis* z. E. vgl. Seuff. Arch. XXVII. 172 (cfr. V. 81. XIV. 77. XV. 45. XVI. 41).

²⁸⁹⁾ Man findet jedoch auch in der heutigen Praxis die *taxatio* vor Ableistung des Eides. — Seuff. Arch. XIV. 181. XVI. 164. XXV. 283.

²⁹⁰⁾ L. 5 §. 2 D. 12, 3: „Item et si juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare“. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 182.

²⁹¹⁾ Ueber die *taxatio* beim Schätzungseide im Allgemeinen vgl. noch Seuff. Arch. X. 311. XI. 23. XX. 274.

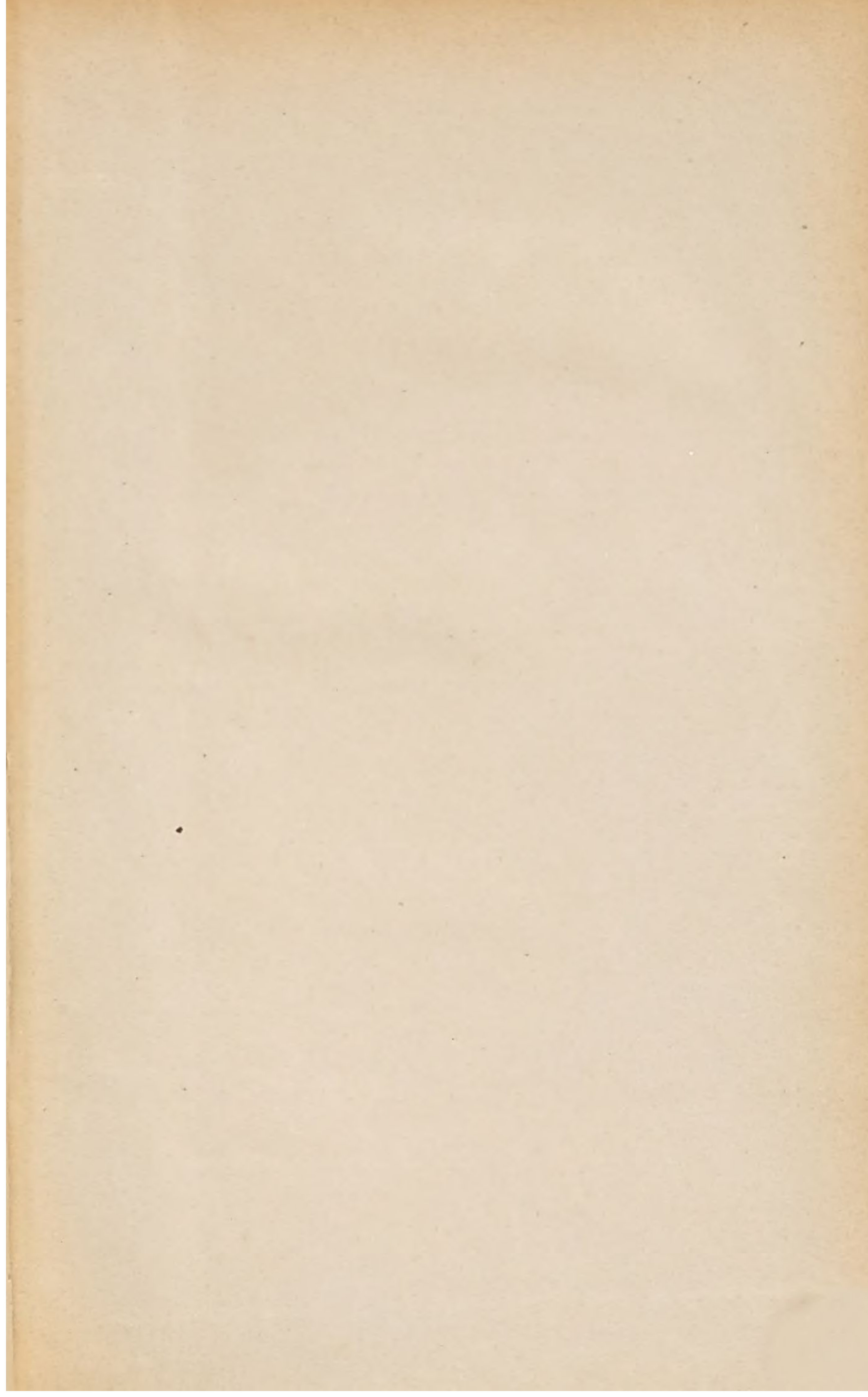
R ü c k b l i c k.

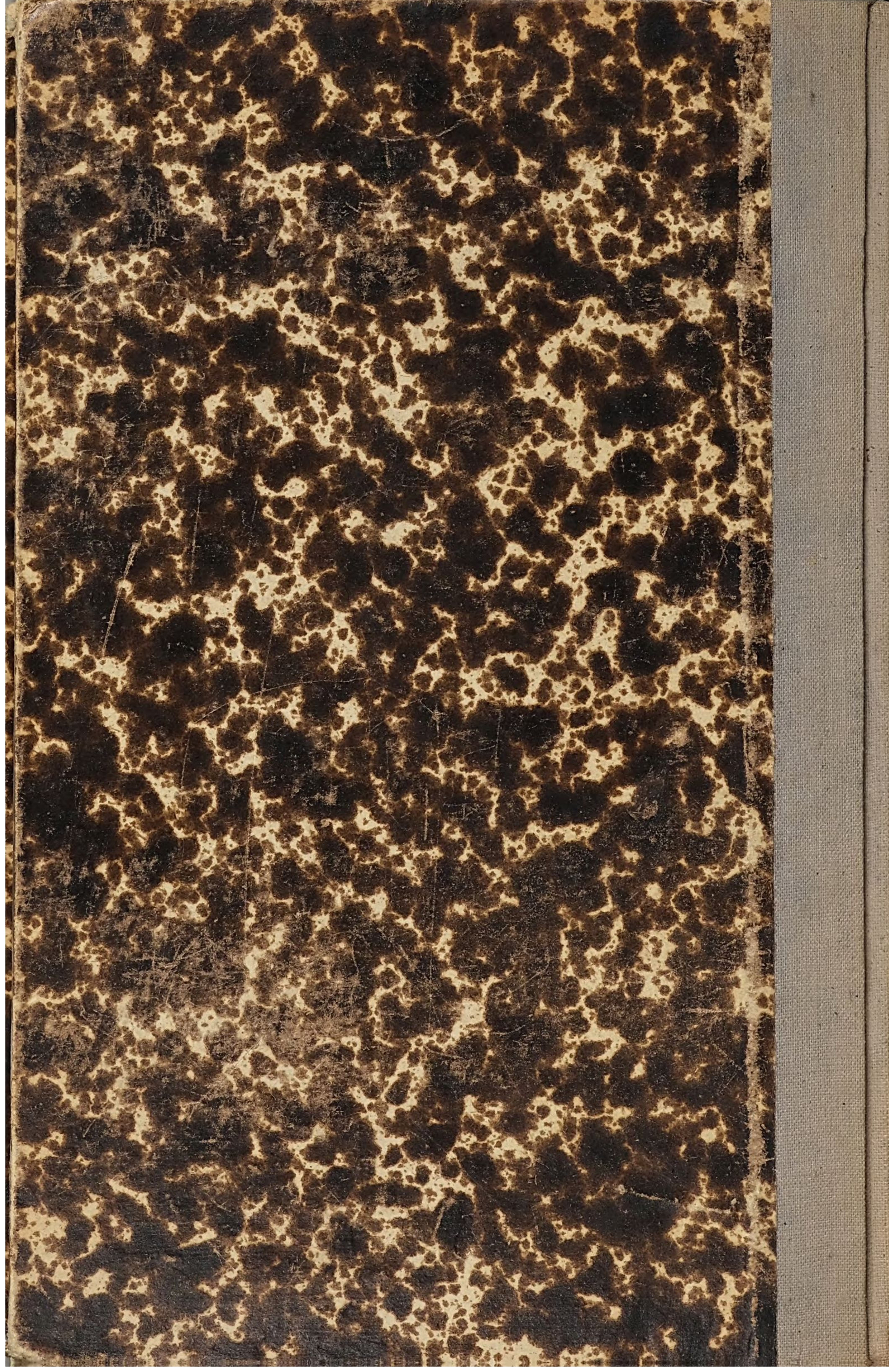
Die vorstehende Abhandlung sucht eine hochinteressante und für den Romanisten und Historiker keineswegs unwichtige Erscheinung des römischen Rechts- und Aktionensystems darzustellen, eine Erscheinung, welche — obgleich überall einfach als *taxatio* bezeichnet — in ihrer Anwendung wieder grosse (sachliche und zeitliche) Verschiedenheiten darbietet. Im Paragraph 1. sind die verschiedenen Bedeutungen des Wortes, sowie die mannigfachen Anwendungsformen des Begriffes *taxatio* im Rechtssystem der Römer allgemein erörtert worden. Die Abhandlung ging sodann über auf den römischen Zivilprozess und beschäftigte sich im Ferneren mit zwei prozessualisch wichtigen Anwendungsformen der *taxatio*, nämlich mit der *taxatio condemnationis* und der *taxatio iurisjurandi in litem* (erstere wurde in den Paragraphen 2—11, letztere im Paragraph 12 erörtert). Die Stellung dieser beiden Anwendungen der *taxatio* (welche weitaus den grössten Theil der Abhandlung beanspruchen) zu einander ist eine eigenthümlich feindliche und daher zeitlich und sachlich gesonderte. I. Zeitlich gesondert: Ungefähr um dieselbe Zeit, als die *condemnatio cum taxatione* (zugleich mit dem Formularprozess) verschwand — oder doch nur wenig früher —, tauchte das *jusjurandum in litem* mit seiner *taxatio* auf. II. Sachlich gesondert (hier sollen nur zwei Punkte rekapitulirt werden): 1. Die *taxatio condemnationis* beruhte auf der *auctoritas praetoris*, die *taxatio iurisjurandi in litem* auf dem *officium judicis*. 2. Die erstere fand nur statt bei prätorischen Strafklagen²⁹²⁾, die letztere nur bei — einigen — reipersekutorischen Klagen und ausserdem nach den Quellen noch bei der *actio furti*. —

²⁹²⁾ Das zisalpinische Gallien hatte nach der *lex Rubria* sein besonderes Recht für sich.

Druckfehlerverzeichniss.

Seite	7	Zeile	9	von unten lies statt „admonitos“ = „admonitus“.
„	9	„	8	„ „ „ „ „liegt“, — „liegt.“
„	9	„	6	„ „ ist hinter Leistenden. das “ zu streichen.
„	18	„	4	von oben ist das „sofort“ zu streichen.
„	27	„	20	von unten lies „Realcontracte“ statt „Realcontraote“.
„	31	„	7	„ „ „ „aequum“ statt „aeqnum“.
„	31	„	9	„ „ „ „aequius“ statt aepuius“.
„	32	„	1	von oben „ „37 f.“ statt „36 f.“.
„	50	„	5	von unten „ „noch“ statt „nach“.
„	63	„	8	von oben „ „effusis et“ statt „effusiset“,





Hefke, August

Bedeutung und Anwendungen der taxatio im römischen Recht

Oldenburg 1879

J.rom.m. 246 hg

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11390026-3